

EDUARDO ÁVALOS
ALFONSO BUTELER
LEONARDO MASSIMINO



DERECHO
ADMINISTRATIVO
1

3ª edición actualizada

Alveroni
Ediciones

Asesores editoriales

Armando S. Andruet (h)
Luis R. Carranza Torres
José Daniel Cesano
Manuel Cornet
Raúl E. Fernández
Edgar Domingo Gribaudo
Justo Laje Anaya
Julio C. Sánchez Torres
Guillermo P. Tinti

Ávalos, Eduardo - Buteler, Alfonso - Massimino, Leonardo
Derecho Administrativo 1 - 3ª ed. actualizada - Córdoba: Alveroni Ediciones /
2021

628 ps.; 23 x 16 cm

ISBN 978-987-643-198-9

1. Derecho Administrativo
CDD 342.09

*Al Instituto de Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.*



Alveroni
Ediciones

© Copyright ALVERONI EDICIONES
Duarte Quirós 631 - P. B., Local 1
(5000) Córdoba - Argentina

Tel. (0351) 4217842 351-6312878

E-mail: info@alveroni.com - www.alveroni.com

 Alveroni Libros Jurídicos  Alveroni Libros Jurídicos

Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723.
Se terminó de imprimir en la ciudad de Córdoba - Argentina
en el mes de julio de 2021

PALABRAS PREVIAS A LA TERCERA EDICIÓN

La acogida dispensada a las ediciones anteriores, aunada a las múltiples novedades que se suscitan de modo incesante en nuestra disciplina, nos impulsan a dar a luz la tercera edición de esta obra manteniendo intacto el anhelo inicial de compartir con sus destinatarios, además de los núcleos relevantes de la materia, las tendencias que se vislumbran en este campo.

Sabedores de que el derecho administrativo es una disciplina dinámica, el desafío actual—y de siempre—consiste, antes que adentrarse en detalles o reglamentaciones que puedan perder pronto su vigencia, en reparar en los lineamientos destinados a perdurar en las categorías del derecho público.

Es que, como decía HAURIU, las obras de derecho administrativo “[...] pueden concebirse de diversas formas. Se las puede concebir, ante todo, descripciones de servicios, reglamentaciones, nomenclaturas de textos, esto es legítimo, e incluso útil, para cierto público. Pero habrá de admitirse que junto a las obras de esta concepción hay un lugar para las que tratan de organizar teóricamente lo que el Derecho Administrativo contiene de sustancia jurídica, y no podrá por menos reconocerse que los tratados de este tipo parecen particularmente convenientes para el Derecho Público especializado la facultad de derecho”. (HAURIU, Maurice, “Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général”, en el Prefacio a la 3ª edición, Paris, 1897).

Desde esa perspectiva, la revisión del contenido de esta entrega está signada, además de las novedades jurisprudenciales relevantes, por las constantes normativas de emergencia dictadas por las distintas esferas de gobierno y la actualización de los tradicionales conceptos del derecho administrativo constitucionalizado a la luz de los acontecimientos que inciden en la relación de los ciudadanos y el Estado.

La evidencia inconstatable de las afirmaciones anteriores es, sin lugar a dudas, la repentina aparición del virus COVID-19 reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una pandemia a nivel global, circunstancia que motivó la declaración de emergencia sanitaria por parte de distintos Estados.

Ciertamente, las complejas cuestiones y problemáticas que esta situación ha traído—y trae—aparejadas, conforman un nuevo escenario que nos interpela a abordar el estudio de las incesantes intervenciones públicas que se dictan para regular estos

fenómenos. Ello porque esas regulaciones inciden con notoria intensidad en la esfera de los derechos fundamentales de las personas. De allí que esta obra se proponga, especialmente, incluir esos aspectos con los enfoques ya reseñados.

Unas palabras finales de agradecimiento reservamos para los destinatarios de esta obra, tanto para los estudiantes y profesionales como para los que dedican su actividad al estudio del Derecho, porque en virtud de su respuesta, sugerencias y útiles comentarios que nos hacen llegar permanentemente, nos impulsan a continuar y mejorar con la tarea emprendida.

Los autores

REFLEXIONES CON MOTIVO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Hace dos años teníamos la satisfacción de presentar esta obra de Derecho Administrativo con el propósito de contribuir a una versión renovada de los clásicos temas de la materia, enfocados en un Derecho Administrativo Constitucionalizado. Luego de agotada la primera edición, lo que genera en nosotros mucha alegría y entusiasmo por la aceptación que ha tenido entre los profesionales del derecho y estudiantes, sale a la luz esta segunda edición, que se caracteriza principalmente por la adecuación de su contenido, en lo que fuera pertinente, al Código Civil y Comercial que comenzó a regir el 1° de agosto del pasado año.

Este hecho tiene una gran influencia en nuestra materia. Por un lado, de acuerdo a las previsiones de su Título Preliminar, podemos hablar de una constitucionalización del Derecho Privado, como la culminación de un proceso que se iniciara con la reforma de 1994. Por el otro, las nuevas regulaciones de institutos contenidos en el Código trascienden a nuestra disciplina. Temas tales como los derechos de incidencia colectiva, el dominio público, las personas jurídicas, la teoría general del contrato, el régimen de nulidades de los actos jurídicos y la responsabilidad del Estado, entre otros, han merecido un nuevo enfoque, que se ve plasmado en esta edición.

Además y tal como nos planteáramos con la primera entrega, la oportunidad de esta segunda edición también es propicia para referir a las novedades jurisprudenciales relevantes que se han producido desde entonces.

Finalmente, un profundo agradecimiento a todos aquellos que con sus certeros comentarios nos han estimulado a seguir adelante y enriquecer en algunos casos el desarrollo de algunos temas.

*Los autores
otoño de 2016*

PALABRAS PREVIAS A LA PRIMERA EDICIÓN

No resulta fácil sintetizar qué motivación preside la idea de escribir un libro de Derecho. Fundamentalmente, debe existir una arraigada vocación por la disciplina de que se trata, en este caso, el Derecho Administrativo. También, el entusiasmo suficiente por transmitir el fruto de las vivencias, que desde la cátedra universitaria y el ejercicio profesional, van moldeando el conocimiento de una asignatura. Y lo que es más, la necesidad de intentar contribuir con un pequeño aporte al abordaje, por parte de estudiantes y demás operadores jurídicos, a una versión renovada de los clásicos temas de la materia.

En alguna circunstancial reunión de café, descubrimos que en alguna medida a todos nos embargaban estas mismas inquietudes y aspiraciones, y que era la oportunidad de intentar concretarlas. Fue así que luego de bosquejar el contenido posible de la obra, de formular el esquema de los temas a tratar, y de delinear los aspectos metodológicos, decidimos separarla en dos partes. Un primer tomo, conteniendo los aspectos sustanciales del Derecho Administrativo y una segunda parte, destinada a la faz procedimental, adaptándolos a las exigencias de los programas de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba, como asimismo de la Universidad Blas Pascal y Empresarial Siglo 21, instituciones en las que nos desempeñamos como docentes de la especialidad.

No obstante la diversidad de tópicos abordados, hemos intentado que lleven la impronta de un Derecho Administrativo Constitucionalizado, donde dejando un poco de lado la antinomia autoridad-libertad, clásica de esta materia, hemos privilegiado la perspectiva de análisis poniendo el foco en la persona humana, como una ineludible respuesta a este nuevo paradigma del derecho argentino consolidado mediante la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

El Derecho Administrativo es una disciplina dinámica. Se trata de un derecho que constituye el brazo jurídico del Estado y como tal, la Administración para satisfacer su cometido de proveer el bien común debe permanentemente adaptar a la realidad, que es cambiante, las soluciones jurídicas y los instrumentos a través de

los que opera. De ahí que el dictado de reglamentos que tienen que ver con nuestra materia es incesante. Por ello, nuestra preocupación en brindar al lector una obra actualizada en ese aspecto procurando mostrar las distintas visiones sobre los temas centrales, a partir de las cuales, se han configurado los contornos, siempre cambiantes, de esta disciplina.

Pero también se advertirá, la sistemática mención que efectuamos a los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y en lo pertinente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como una manera de afianzar el “método del caso” en la enseñanza del Derecho y estimular el espíritu crítico y participativo en el aprendizaje de la asignatura.

Finalmente, un homenaje a la amistad que a través de este emprendimiento se ha forjado entre los autores, como consecuencia de enriquecedoras discusiones y sugerencias sobre el abordaje de los distintos puntos de la obra y un merecido agradecimiento a nuestro editor, Luis Alveroni, que nos ha brindado el cariño y la profesionalidad a que nos tiene acostumbrados, como también, a nuestras familias, por el tiempo que hemos dejado de dedicarles.

Por último, cabe agregar que la redacción de los capítulos I, III, VI, VII, XIV y XV le ha correspondido a Alfonso Buteler; la de los capítulos II, IV, V, XI y XII a Eduardo Ávalos; y la de los capítulos VIII, IX, X y XIII a Leonardo Massimino.

Los autores
marzo de 2014

UNION DE ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

CAPÍTULO I LAS FUNCIONES DEL ESTADO

I. LA DIVISIÓN DE PODERES

1. Introducción

El sistema republicano de gobierno se caracteriza por la división y control del poder estatal. Este modelo, sin embargo, no se presenta en todos los países de la misma manera, lo que impide trasladar sin el cuidado necesario, instituciones foráneas.

De acuerdo al diseño constitucional, en la República Argentina la distribución del poder se verifica en tres niveles bien marcados. El primero, divide las funciones estatales entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El segundo, reparte el poder de manera territorial entre el Estado federal, las provinciales y desde 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. Por último, se divide el poder en Constituido y Constituyente¹.

A partir de ello, debemos dejar aclarado que en este Capítulo sólo nos referiremos a la primera dimensión de la división de poderes, esto es, a su división en diferentes estamentos. Esta idea del Constituyente de 1853/60 quedó plasmada de manera prístina cuando en el art. 29 de la CN se estableció que “*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traído-*

¹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 19.

res a la patria” o en la consagración expresa en 1994 de prohibiciones como las previstas en los arts. 76, 99, inc. 3 y 109 que luego analizaremos.

La segunda aclaración que debemos efectuar es que lo que se divide no es el poder, que sigue siendo uno solo, sino las funciones que corresponden a cada uno de los departamentos de gobierno.

Por tal motivo, cada una de las esferas estatales tiene asignada una competencia propia y otras que realizan conjuntamente que permite un control mutuo mediante un sistema de pesos y contrapesos. En tal sentido, se ha dicho que “[e]s sabido que la doctrina de la división de los poderes o la separación de funciones no implica que cada uno de los órganos del poder pueda ejecutar únicamente actividades materialmente administrativas, legislativas o judiciales. Es que esas actividades son consecuencia del ejercicio mismo del poder, que nuestro sistema legal le reconoce a los tres órganos en sus determinados ámbitos de competencia. Sin embargo cada uno de los órganos puede ejercer sus atribuciones dentro del estricto marco de su función específica”².

Se trata en palabras de la Corte de “un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad, que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una coordinación”³.

En el caso de nuestra Carta magna federal, “establece un reparto de competencias y establece medios de control y fiscalización, por lo que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades librado a su plena discreción. Así, el Poder Ejecutivo no puede alterar el espíritu de las leyes dictadas por el Congreso, pero sí tiene facultades reglamentarias sobre ellas, participa junto a los miembros de aquel de la facultad de presentar y proyecto de ley y puede vetar los que el Congreso apruebe. Los jueces deben aplicar las leyes que el legislador establece, pero es función esencial suya el control de su constitucionalidad en orden al respeto de los derechos contenidos en la Constitución Nacional y la jerarquía y extensión de los diversos campos normativos que ella establece”.

2. Criterios

Se han desarrollado diversos criterios para determinar cuándo estamos en presencia de una determinada función. Así, desde un criterio orgánico o subjetivo para la identificación de la función debe tenerse en cuenta de quien emana la decisión.

Esto es que estaremos frente a la función jurisdiccional si emana del poder judicial, ante función legislativa si es emitida por el Congreso y a frente a función administrativa si es producto de una decisión del poder ejecutivo.

Partiendo desde un enfoque formal, en cambio, se toma en consideración la apariencia externa que adopta la decisión. Si se patentiza en una sentencia estamos frente a función judicial; si se trata de una ley es función legislativa y si se muestra como un acto administrativo es función administrativa.

Desde una perspectiva material, por último, se ha indicado que no resulta relevante para la determinación de cuándo estamos en presencia de la función administrativa indagar el poder del que emana sino más bien analizar su sustrato o contenido. Este último es el que se ha impuesto entre los operadores jurídicos⁴. Sin embargo, ello no debe llevarnos a concluir que cada uno de los poderes desarrolla solo la actividad propia de su función.

Así, el Poder Ejecutivo, además de llevar adelante la función administrativa, ejerce función legislativa cuando dicta —aunque excepcionalmente— los decretos delegados (art. 76, CN), los de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, CN). Incluso, para algunos, desarrolla actividad jurisdiccional a través de los denominados tribunales administrativos⁵.

En lo concerniente al Poder Legislativo, amén de las facultades de dictar normas abstractas de carácter general, ejerce función administrativa (realiza procedimientos licitatorios, designa personal, etc.) y, para cierta doctrina⁶, desempeña actividad jurisdiccional en los casos de juicio político (arts. 53, 59 y 60, CN).

Algo similar podemos decir del Poder Judicial en cuanto a que junto con la actividad jurisdiccional que le es propia lleva adelante actividad administrativa (celebra contratos, aplica sanciones, etc.) y puede dictar normas generales y abstractas (Acordadas), aunque acotadas a su ámbito de aplicación.

II. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. Aspectos generales

Como hemos visto, para la determinación de las funciones estatales se ha impuesto un criterio material, lo que nos permite llegar a la conclusión de que existe función administrativa en los tres poderes estatales, tal como lo ha reconocido la doctrina

² Fallos, 315:2990, “Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos” (1992).

³ Fallos, 313:1513, “Peralta” (1990).

⁴ SAMMARTINO, Patricio M.E., *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, 1ª ed., Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 67.

⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. actualizada, reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 94 y ss.

⁶ BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 32 y ss.

mayoritaria—tanto nacional⁷ como extranjera⁸, la jurisprudencia⁹ e incluso algunos ordenamientos provinciales¹⁰.

En este orden de ideas, se registran interesantes precedentes vinculados al ejercicio de función administrativa por el Poder Legislativo. El primero de ellos, tuvo lugar en la causa “Persoglia”¹¹, en donde la Corte—al remitir al dictamen del Procurador—dejó sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires en cuanto había considerado insusceptible de revisión judicial el acto de cesantía dispuesto por el Vicegobernador de la Provincia de Buenos Aires en ejercicio de la Presidencia del Senado en contra de un empleado de dicho cuerpo legislativo. Según las consideraciones efectuadas por el Alto tribunal, el acto sancionatorio constituía el ejercicio de función administrativa y por tal razón, resultaba susceptible de contralor jurisdiccional. Este criterio fue reiterado luego en otras causas frente al reclamo de pago de una bonificación a los agentes del Poder Legislativo¹² y de un suplemento salarial de legisladores¹³.

En lo referente al ejercicio de función administrativa por parte del Poder Judicial, la jurisprudencia de la Corte ofrece un listado de numerosos precedentes en donde se han cuestionado tanto actos administrativos individuales como de alcance general e incluso las propias Acordadas dictadas por el Máximo Tribunal.

Sin embargo, la respuesta del Alto Tribunal fue variando de acuerdo a si atacaban actos administrativos emanados del Poder Judicial de una provincia de aquellos otros que eran dictados por autoridades jurisdiccionales federales. En el primer supuesto, si bien fue reticente a admitir el control en algunos casos¹⁴, por lo general, la Corte admitió la revisión judicial de ese tipo de decisiones¹⁵.

⁷ Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. IX-7; COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 115; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 83 y ss.; FIORINI, Bartolomé, *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 25; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 84 y ss.; DROMI, José R., *Instituciones de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1978, reimpr., ps. 157 y ss.; JEANNERET DE PÉREZ CORTES, María, “El control judicial de la función administrativa de los poderes legislativos y judicial”, *ED, Supl. de Derecho administrativo*, 31/07/2002.

⁸ MERKL, Adolfo, “Teoría general del derecho administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, ps. 7 y ss.

⁹ Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 002/11/1982, “Llanos, Carlos Roberto c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación)” s/ ordinario. Idem. Sala IV, “González, Claudio Luis” (02/06/1992) y “Persoglia, Sergio Damián” (11/08/1994).

¹⁰ A modo de ejemplo puede citarse el art. 1º de la Ley 7182 de Córdoba (Código Contencioso Administrativo).

¹¹ Fallos, 311:260, “Persoglia” (1988).

¹² Fallos, 317:683, —Sumario— (1994).

¹³ Fallos, 321:2373, (1998).

¹⁴ Fallos, 40:405 “Baca”; Fallos, 299:138, (1977).

¹⁵ Fallos, 317:1539, (1994).

En cambio, durante mucho tiempo no recibieron el mismo tratamiento aquellos justiciables que cuestionaron los actos administrativos emanados del Poder Judicial de la Nación e incluso las resoluciones de la propia Corte Suprema.

Como muestra de ello, puede traerse a colación la sentencia dictada en la causa “Guardia”¹⁶, donde el Máximo Tribunal no admitió el control judicial de su propia decisión administrativa invocando para ello su calidad de supremo tribunal, circunstancia ésta que impedía—según los argumentos expuestos en el decisorio—que sus pronunciamientos sean revisados, más allá que impliquen el ejercicio de función administrativa o jurisdiccional.

Este criterio negativo se mantuvo en casos posteriores¹⁷. Sin embargo, esa regla recibió una marcada atenuación cuando en la causa “Rodríguez Varela”¹⁸, si bien se hizo expresa referencia a la jurisprudencia que niega la facultad de revisar las decisiones adoptadas en materia de Superintendencia, se consideró que quedaban exceptuados aquellos supuestos en donde se veía afectado el derecho de defensa de quien ha visto vulnerado sus derechos. Resulta preciso recordar, que en ese caso, se cuestionaba la resolución que había declarado cesante como Secretario Letrado de ese tribunal al actor, omitiendo la instrumentación de un sumario administrativo previo.

De acuerdo a lo analizado, resulta claro que la Corte al no admitir la revisión de los actos administrativos dictados por el Poder Judicial de la Nación e, incluso, los dictados por ese cuerpo, confundía su supremacía como Máximo tribunal federal garante del contenido de la Constitución Nacional y del derecho federal, con su superioridad jerárquica en materia de Superintendencia.

Afortunadamente, en tiempo reciente *in re*: “Charpín”¹⁹ la Corte modificó su postura proclamando el carácter justiciable de los actos administrativos dictados en materia de superintendencia. Ahora el Alto Tribunal considera que “*las resoluciones dictadas por esta Corte con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado*”.

¹⁶ Fallos, 307:1779, (1985).

¹⁷ Fallos, 311:2423, “Sanchíz Ferrero” (1988).

¹⁸ Fallos, 315:2990, (1992).

¹⁹ Fallos, 331:536, “Charpín” (2008).

2. ¿Función administrativa fuera de la organización administrativa?

Amén de lo señalado hasta aquí y de lo que sea abordará más adelante, debemos apuntar que también ejercen función administrativa las personas jurídicas públicas no estatales, como los colegios profesionales (Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Colegio de Ingenieros) o ciertas obras sociales (PAMI), a pesar de no integrar la organización administrativa.

Resulta controvertido, si las personas privadas (Concesionario de servicios públicos, por ejemplo) ejercen función administrativa. En este punto existen dos posturas bien marcadas. Por un lado, están quienes²⁰ admiten esa posibilidad que incluso tiene consagración legislativa. Así, el Código Contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires establece en su art. 1° que "Se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires"²¹.

Desde otra perspectiva, puede sostenerse que la Corte ha tomado sentido contrario al señalar que la relación usuario y concesionario es una relación de consumo regida por el derecho privado²².

III. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Ha merecido un largo debate en nuestro país la cuestión relativa al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la administración pública.

Antes de ingresar en el tratamiento de la cuestión cabe recordar que el artículo 95 de la Constitución de 1853/60 (hoy art. 109) establece la prohibición del ejercicio de función judicial por parte del Poder Ejecutivo al señalar que "*En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas*".

A pesar de ello, la Corte Suprema nacional en el año 1960 admitió esa posibilidad en el la causa "Fernández Arias"²³ siempre que la decisión administrativa que hiciera uso de esa atribución no fuera definitiva o irrevocable sino que debía estar sujeta al control judicial posterior, agregando que el mismo debía ser "suficiente", es decir,

controlable en el aspecto fáctico y jurídico. Esa doctrina fue reiterada en casos posteriores²⁴.

Más recientemente, al resolver la causa "Ángel Estrada"²⁵ volvió a pronunciarse sobre esta cuestión exigiendo la presencia de recaudos adicionales para convalidar la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa. Pues, en esta oportunidad requirió: 1) Que los organismos administrativos dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley; 2) que su independencia e imparcialidad estén aseguradas; 3) que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para su creación haya sido razonable y 4) que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Incluso, esta posibilidad ha encontrado reconocimiento normativo en diversas disposiciones. Así, por ejemplo, en el art. 99 del Decreto 1952/72 (Reglamento de Procedimientos Administrativos) se contempla expresamente esa posibilidad. También, el marco regulatorio del sector de la energía eléctrica (art. 72 la ley 24.065)²⁶ dispone que "*Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente*".

Sobre esta alternativa cabe efectuar algunas consideraciones. En primer lugar debe señalarse que la jurisprudencia de la Corte en este punto no propone una visión interpretativa del texto constitucional que habilite pensar que el ejercicio de esta función por parte del Poder Ejecutivo sea posible sino que va en contra del texto de la Carta Magna lo que la descalifica. Ello, se refuerza al advertirse que nuestro sistema es netamente judicialista.

Segundo, no puede pasarse por alto que la discusión sobre el punto presupone adoptar una postura sobre el concepto y alcance de la función judicial.

En tercer término, suele considerarse como función jurisdiccional a los casos en que la administración resuelve un conflicto entre partes interesadas, como por ejemplo, un diferendo entre un usuario y la empresa distribuidora de un servicio público que resuelve el ente regulador. Más allá de esa nota, que no es dirimente, no se dan las atribuciones de imparcialidad, independencia, etc. Se trata, también, de un acto administrativo que debe ser recurrido por el administrado y que luego debe ser sometido al control judicial. Es decir, no hay función jurisdiccional sino administrativa.

²⁰ ALTAMIRA GIGENA, Julio L., *Lecciones de derecho administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 213.

²¹ El destacado no corresponde al original.

²² Fallos, 329:4944, "Bianchi" (2006).

²³ Fallos, 247:646, "Fernández Arias" (1960).

²⁴ Fallos, 305:129, "Medella" (1983); Fallos 305:1937, "Cabrera" (1983); Fallos, 310:2159, "Casa Enrique Shuster S.A." (1987); Fallos, 311:344, "Di Salvo", (1988); Fallos, 321:776, "Litoral Gas S.A." (1998); Fallos, 327:367, "Gador S.A." (2004).

²⁵ Fallos, 328:651, (2005).

²⁶ B.O. 16/01/1992.

Tampoco creemos que pueda sostenerse que hay función jurisdiccional cuando la administración pública aplica una sanción o cuando resuelve un recurso administrativo. En ambos casos estamos frente a actos administrativos.

IV. ACTIVIDAD REGLADA Y DISCRECIONAL

1. Delimitación

La función administrativa puede dividirse en actividad reglada y discrecional. Lo primero tiene lugar cuando existe una previsión normativa precisa sobre cómo debe incardinarse la actuación del Estado. En este supuesto el administrado tiene derecho, invariablemente, a una determinada decisión²⁷.

La actividad discrecional, en cambio, es el producto del margen de apreciación otorgado por el ordenamiento jurídico al poder administrador a los fines de posibilitarle escoger entre dos o más alternativas igualmente válidas²⁸ para el ordenamiento jurídico integralmente considerado²⁹. Es decir, se trata de una pequeña zona liberada a la “valoración” o “ponderación” de la autoridad pública por indicación de una regla jurídica.

Esa dinámica del proceder estatal, ha sido reflejada por la Corte Nacional en un importante precedente al expresar que “*mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos —reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)—, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por antici-*

*pado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”*³⁰.

Efectuada la primera aproximación a este tema tan complejo y que ha dado lugar a tantas posturas³¹ y matices³², haremos algunas consideraciones personales.

La discrecionalidad, como fenómeno, es un asunto de mayor amplitud que el relativo a la discrecionalidad administrativa. Es decir, encontramos una relación de género a especie entre la primera y la segunda. Además, existe discrecionalidad administrativa, legislativa, judicial³³ y política³⁴, cada una de las cuales posee particularidades y reglas propias que no se trasladan, necesariamente, al resto. Es un error, entonces, confundir la discrecionalidad administrativa con las otras especies y con la genérica.

Con mayor razón debemos evitar la identificación entre la discrecionalidad política con la administrativa, habida cuenta que la primera se desenvuelve en un campo más amplio y en donde el derecho actúa como límite constante mientras la administrativa campea permanentemente en el derecho y nunca fuera de este. Esto que marcamos, como veremos luego, tiene directa incidencia con la justiciabilidad plena de la discrecionalidad administrativa y con la proclamación de una regla (cada vez con más excepciones) que impide el control judicial de las decisiones políticas.

Segundo, debemos dejar sentado que no hay discrecionalidad “en bloque” o “actos de pura administración” sino que existen actos mayor o menormente reglados por el ordenamiento de acuerdo al margen de ponderación que la norma le atribuya a la autoridad administrativa para escoger entre las diversas alternativas.

²⁷ BARRA, Rodolfo Carlos, “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control jurisdiccional”, *ED*, 146-829.

²⁸ Cabe destacar que esta concepción que en general se tiene de ese fenómeno también ha motivado otros enfoques. En tal sentido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido en otro precedente que discrecionalidad significa la libertad para una vez verificada la existencia material del presupuesto de hecho previsto en la norma que atribuye al órgano respectivo facultades de esa naturaleza elegir entre dos o más consecuencias jurídicas (Fallos, 326:2896, “Medina”, 2003, Disidencia juez Petracchi).

²⁹ Es decir, comprensivo de la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los principios generales del derecho, etc. Ver por todos: SESN, Domingo J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Depalma, Buenos Aires, 1994, passim.

³⁰ Fallos, 315:1361, “Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos” (1992).

³¹ VILLAR PALASI, *Apuntes de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1977, p. 175; COMADIRA, Julio R., “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, *ED*, 186:600 y “El caso Legón: un fallo reconfortante”, *DJ*, 13-V-92, p. 367; MAURER, Harmut, *Derecho administrativo*, trad. coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, ps. 165 y ss; SCHMIDT - ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, ps. 219 y ss.

³² Sobre el tema puede verse: CORVALÁN, Juan G., “Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa”, *RAP*, N° 351, 2007; CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

³³ Como muestra de ello puede mencionarse el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando prescribe que “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” o la Acordada 4/2007 cuando dispone en el art. 11 que “En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimaré la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva”.

³⁴ Como la prevista en el art. 114 de la CN cuando el Presidente puede escoger entre los candidatos a jueces que integran la terna enviada por el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Esta afirmación nos conduce al tercer punto que queremos remarcar. Como ha sido puesto de resalto por CORVALÁN, cuando hablamos de actividad discrecional no nos enfrentamos, necesariamente, a la idea de lo reglado ya que justamente esa actividad es producto de una decisión normativa³⁵. Esto implica que, tanto la actividad reglada como la discrecional parten del ordenamiento y nos colocan *siempre* dentro del mundo jurídico y nunca fuera de él. De ello se deriva, entonces, que la posibilidad de escoger entre las diversas alternativas, debe sujetarse *únicamente* a reglas jurídicas y jamás a estándares políticos tales como el mérito, la oportunidad o la conveniencia.

Por tal razón, no caben dudas que la valoración o la elección por parte de la administración pública nunca puede ser efectuada por la administración pública en términos políticos o extrajurídicos sino sólo mediante patrones vinculados a la juridicidad o legalidad y teniendo en cuenta que el centro de escena del ordenamiento es la dignidad de la persona humana. Es que la discrecionalidad administrativa no es una "patente de corso" otorgada a la administración para que escoja lo que le plazca sino que debe efectuarse en bases a patrones jurídicos como la razonabilidad, proporcionalidad, etcétera.

Un enfoque desde los derechos fundamentales de la cuestión como el que proponemos impide una opción o valoración "libre" por parte de la administración sino que impone escoger la opción menos gravosa para los derechos del administrado y exponer con claridad los fundamentos de tal decisión.

En esa línea se ha pronunciado recientemente³⁶ la Corte federal al señalar que "hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos" y que la "razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces".

2. Control judicial

Cabe destacar que durante mucho tiempo se identificó a la discrecionalidad administrativa con lo que no era pasible de revisión judicial. Esa visión de origen en el dere-

cho francés³⁷ que aludía a la discrecionalidad "en bloque" o a "actos de pura administración" para excluirlos del ámbito jurisdiccional, en nuestro sistema jurídico fue sostenida por la Corte Suprema nacional durante un prolongado espacio temporal.

Es que, como dijimos, se consideraba que la actividad discrecional de la administración pública no era pasible de control por los jueces³⁸, asimilándola a una cuestión política no justiciable o a aspectos vinculados al mérito, la oportunidad o la conveniencia. Con tal orientación MARIENHOFF señalaba que en "ejercicio de su actividad 'discrecional' la Administración actúa de acuerdo a normas o criterios no jurídicos, vale decir no legislativos, constituidos por datos que, en la especie concreta, se vinculan a exigencias de la técnica o de la política, y que representan el mérito, la oportunidad o conveniencia del respectivo acto"³⁹.

Por suerte, en las últimas décadas se abandonó esa tesitura y ya prácticamente nadie sostiene que la discrecionalidad implica el ejercicio de un patrón extrajurídico exento de la autoridad de los magistrados.

En la actualidad del Estado de Derecho, en donde el actuar público que se halla subordinado al bloque de juridicidad integrado por la Constitución, los tratados internacionales⁴⁰, las leyes y los reglamentos, resulta inconcebible que pueda existir porción alguna de la actividad administrativa que pueda estar por encima del orden jurídico⁴¹ y que resulte indemne al control judicial.

Superado ese estadio que impedía la revisión judicial, desde la doctrina, se evidenciaron dos marcadas corrientes de pensamiento. La primera tesitura considera que todo lo que decide la administración pública es pasible de ser controlado a excepción del núcleo duro de la decisión⁴², mientras que para la segunda postura no existe ámbito que pueda quedar exento de escrutinio jurisdiccional⁴³.

3. Jurisprudencia de la Corte Suprema

El análisis de la jurisprudencia del Alto Tribunal revela una tendencia generalizada a negar la justiciabilidad de las decisiones de la administración pública adopta-

³⁷ Este sistema se mantiene en algunas legislaciones provinciales. A modo de ejemplo puede verse el art. 2º, ley 7182 de la Provincia de Córdoba aunque no puede desconocerse el Tribunal Superior de Justicia ha ido flexibilizando ese criterio. Sobre el tema puede verse (SESIN, Domingo J., "Derecho administrativo en reflexión", RAP, Buenos Aires, 2011, ps. 161 y ss.)

³⁸ Cfr. Fallos, 314:1202, 320:147, 320:1191.

³⁹ MARIENHOFF, M., ob. cit., p. 108.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1986, p. 417.

⁴¹ Cfr. COMADIRA, Julio R., "El caso Legón: un fallo reconfortante", DJ, 13/V/92, p. 367.

⁴² Cfr. SESIN, Domingo Juan, *Administración pública. Actividad reglada discrecional y técnica*, Depalma, Buenos Aires, 2004; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 52. Asimismo, puede verse: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., p. 417; CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad*, p. 192.

³⁵ CORVALÁN, J., Un nuevo enfoque..., ob. cit.

³⁶ Fallos, 335:452, "Q.C.S.Y" (2012).

das en el marco de la discrecionalidad, aunque cabe destacar que esa regla se ha ido flexibilizando con el paso de los años.

Así, en “Guasti”⁴⁴, al revocar la sentencia del inferior que había declarado la nulidad de una resolución de la Junta de Calificaciones de la Policía Federal que dispuso el pase obligatorio a retiro del actor, la Corte Federal consideró que el tribunal inferior había sustituido el criterio de un órgano establecido por la ley con una finalidad específica cuya aptitud para calificar al personal policial “*comporta[ba] el ejercicio de una actividad discrecional que no era susceptible, en principio, de justificar el control judicial*”.

Similar doctrina aplicó para resolver la causa “Emisiones Platenses”⁴⁵, en donde la empresa periodística actora promovió una acción de amparo en contra del Intendente de la Ciudad de La Plata para que se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial del periódico de su propiedad en igualdad de condiciones a las previstas respecto del periódico “El Día” de esa misma ciudad. Es que, en dicho precedente, la Corte Federal estimó que el acto de la comuna por el cual se había contratado un espacio de publicidad en ese último matutino, constituía el ejercicio de facultades discrecionales dirigidas al buen gasto de los dineros públicos por el cual no se agravaban las garantías constitucionales del amparista⁴⁶.

Empero, esta doctrina del Alto Tribunal contraria a permitir el control judicial de las decisiones discrecionales fue suavizándose paulatinamente en los últimos años. En esa inteligencia la Corte ha señalado que “*la esfera de discrecionalidad de los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable [...] ni constituye una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial*”⁴⁷ para luego precisar en otro precedente que “*el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva*”⁴⁸.

4. Mecanismos de control judicial

Como hemos visto precedentemente, la Corte Suprema, durante un prolongado espacio temporal mantuvo firme la regla según la cual la actividad discrecional de

la administración no era pasible de control judicial. Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas ha ido creando, de manera pretoriana, diversas técnicas para reducir la discrecionalidad y controlar el contenido de actos que trasuntan el desenvolvimiento de esa actividad.

a) Control de la discrecionalidad por los elementos reglados del acto administrativo

Este mecanismo de control consiste en la fiscalización de la discrecionalidad a través del control de los elementos reglados del acto administrativo entre los que se destacan la competencia, la causa, la forma y la finalidad⁴⁹, verificándose, de ese modo, la regularidad externa de la decisión adoptada por la administración⁵⁰ pero no el núcleo de la discrecionalidad de la decisión adoptada⁵¹.

Como muestra de ello, puede traerse a colación lo resuelto en “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”⁵², precedente en el cual la actora peticionaba al Poder Judicial que le ordene a una emisora local la reposición del programa radial que poseía la misma. El Alto Tribunal, rechazó el pedido en tanto estimó que el acto administrativo atacado no se encontraba viciado en el elemento causa y que, tampoco se había acreditado la presencia de desviación de poder que se alegaba.

Esa misma técnica fue utilizada en la causa “Solá”⁵³. En el caso, se trataba de una demanda por la cual se solicitó la declaración de nulidad del decreto que dispuso el cese en sus funciones de los actores como fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Allí, la Corte estimó que el acto de cesantía se encontraba viciado en el elemento causa. Para arribar a ese resultado expresó que es “*precisamente la legitimidad—constituida por la legalidad y la razonabilidad—con que se ejercen tales facultades [discrecionales], el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional*”.

⁴⁴ Fallos, 320:147, (1997).

⁴⁵ Fallos, 320:1191 “Emisiones Platenses” (1997).

⁴⁶ Cfr. Considerando N° 26 de la mayoría.

⁴⁷ Fallos, 329:4542, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, Disidencia jueces Lorenzetti y Zaffaroni (2006).

⁴⁸ Fallos, 327:548, “Degremont Sociedad Anónima” (2004).

⁴⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, “Una sentencia trascendente de la Corte que declara la nulidad en un Decreto del Poder Ejecutivo”, *ED*, 178:687.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., p. 454.

⁵¹ COMADIRA, Julio R., “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, ob. cit., p. 610.

⁵² Fallos, 315:1361, (1992).

⁵³ Fallos, 320:2509, “Solá y otros” (1997).

La causa "Entre Ríos"⁵⁴ también constituye un precedente valioso sobre dicho mecanismo de control de la discrecionalidad. Allí, el fiscal de la Provincia de Entre Ríos y el interventor del Ente Provincial Regulador de la Energía promovieron acción de amparo cuestionando varias resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación por medio de las cuales se reconocía a las empresas de los países interconectados carácter de agentes del Mercado Eléctrico Mayorista lo que terminaba implicando un aumento de la tarifa para los actores. El Máximo Tribunal, decidió rechazar *in limine* la acción considerando —entre otras cuestiones— que en el caso no se advertía "la configuración de una 'arbitrariedad manifiesta' que permita continuar con la acción promovida". En lo que hace al punto de análisis señaló que "es dable recordar que el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en el ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad [...] y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación de servicios. Ello no obsta al ejercicio del citado control de legalidad respecto del procedimiento seguido y las bases normativas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de tarifas".

El estudio de los precedentes analizados evidencia que el control de la discrecionalidad a través de los elementos reglados del acto ha sido un recurso utilizado por el Alto Tribunal de manera constante.

b) Control de la discrecionalidad técnica

La denominada discrecionalidad técnica se configura en aquellos supuestos en que la norma exige la adopción de un juicio científico o técnico por parte de la administración pública⁵⁵; decisiones que en reiteradas ocasiones recaen sobre organismos públicos de carácter especializado.

Con relación a ello, se plantean dos aspectos de suma relevancia. La primera cuestión consiste en preguntarse si el tema es pasible de ser encuadrado dentro de la discrecionalidad administrativa. CASSAGNE responde a esa pregunta de manera negativa, apuntando que en la discrecionalidad técnica no hay —como en aquella— dos opciones sino una sola "aunque en su 'halo conceptual' pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas"⁵⁶.

⁵⁴ Fallos, 323:1825 y LL, 2001-A-360, 11/07/2000.

⁵⁵ Cfr. FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, V. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 254; CASSAGNE, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *RDA*, 3-101.

⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad*, ob. cit., p. 185.

SESIN, por su lado, se ha mostrado crítico de esa categoría foránea del derecho administrativo al señalar que la misma no existe y que según su parecer ese concepto "debe ser descompuesto en dos partes: a) reglas técnicas tolerables o indiscutibles, que como tales son adoptadas por el ordenamiento pasando a formar parte del bloque reglado o vinculado; b) discrecionalidad, que se individualiza en la valoración subjetiva y en la posibilidad de elegir dentro de la juridicidad"⁵⁷.

La segunda cuestión a considerar es si la llamada discrecionalidad técnica es controlable por el Poder Judicial. La mayoría de la doctrina se ha expedido de manera afirmativa con relación a este punto. Es que, habitualmente, se considera que en esta modalidad de la administración activa el contenido técnico impregna de objetividad a la decisión y, esa circunstancia, según se postula, permite su control judicial a través de la demostración del error en que ha incurrido la administración pública al formular ese juicio científico⁵⁸. Se considera, entonces, que a pesar de su carácter técnico, tales decisiones, deben ser pasibles de revisión jurisdiccional a través del control de la verificación de los hechos invocados y de la aplicación de pautas científicas o académicas razonables⁵⁹.

Sin embargo, desde una mirada jurisprudencial, los tribunales muestran una clara tendencia a rehusar su intervención en aquellas causas en donde se cuestionan decisiones técnicas de organismos administrativos especializados.

En esta línea, se inscribe el precedente "Ojeda"⁶⁰ en donde se atacaba la resolución del Tribunal Administrativo de la Navegación por medio de la cual se había declarado responsable al actor de un abordaje. El Alto Tribunal desestimó el planteo del actor resaltando, entre otras cosas, que "la idoneidad que en materia náutica representa la calidad de los integrantes del Tribunal Administrativo de la Navegación avala sus conclusiones acerca de las complejas situaciones fácticas que se corresponde dilucidar, lo que coloca a los magistrados que deben ejercer el control judicial ante un pronunciamiento de naturaleza eminentemente técnica sobre los hechos acaecidos, del que solo cabría apartarse —en ese aspecto fáctico— mediando razones de grave entidad que, a juicio de esta Corte, no concurren en la especie".

El mismo criterio, ha seguido en materia de expropiación al considerar que no corresponde apartarse —salvo que exista convencimiento de su error o cuando razones de grave entidad lo justifiquen⁶¹— del avalúo de inmuebles efectuado por el Tribunal de Tasaciones de la Nación por tratarse de una operación eminentemente técnica⁶².

⁵⁷ SESIN, Domingo Juan, *Administración pública. Actividad reglada discrecional y técnica*, ob. cit., p. 186.

⁵⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., ob. cit., p. 91.

⁵⁹ Cfr. SESIN, Domingo Juan, "El juez solo controla. No sustituye ni administra. Confinos del Derecho y la Política", *LL*, 2003-E-1264.

⁶⁰ Fallos, 301:1103, "Ojeda" (1979).

⁶¹ Fallos, 281:314.

⁶² Fallos, 268:340.

En consonancia con ello, ha manifestado en la causa "Estado Nacional"⁶³, frente al cuestionamiento del valor asignado por el Tribunal de Tasaciones a la finca materia de expropiación, que el dictamen final de dicho organismo técnico "revela la seriedad y objetividad con que dicho avalúo fue practicado" con lo cual, no cabía apartarse de la doctrina anteriormente expuesta.

Aduciendo las mismas razones, también se ha abstenido de intervenir en aquellas causas en donde se impugnaban las apreciaciones efectuadas por las juntas de calificaciones de las fuerzas armadas⁶⁴ o de seguridad⁶⁵.

Con similar orientación, en materia de concursos docentes universitarios, la jurisprudencia ha indicado, en reiteradas oportunidades, que dado el carácter técnico las decisiones de los concursos docentes universitarios solo "*debe ser liminarmente objeto de control judicial mediante el estudio de los elementos reglados del acto administrativo*"⁶⁶ y que la valoración de las calidades de los candidatos, tanto en el aspecto profesional como personal, "*deben quedar reservados, en principio, a la ponderación exclusiva y final del órgano investido con la competencia para la selección e inmunes a la inferencia judicial*"⁶⁷. Empero, ha entendido el Alto Tribunal que la regla de la no revisión debe ser dejada de lado en los siguientes casos: a) Cuando se verifique una trasgresión nítida y grave del ordenamiento jurídico o, en especial, de las disposiciones que rigen el procedimiento de selección; b) Cuando lo decidido traduzca un ejercicio indisimulablemente irrazonable de aquellas atribuciones al punto de que se observe una parodia del concurso que exigen las normas constitucionales e infraconstitucionales en juego⁶⁸.

c) Control de razonabilidad

La razonabilidad, no es una exigencia que sólo deba predicarse del acto administrativo, sino que como se evidencia en el derecho comparado⁶⁹, es exigible a todo el actuar del Estado⁷⁰, con fundamento en el art. 28 de la CN⁷¹, sea que trate del ejercicio de actividad reglada o discrecional, aunque en este último campo, el menta-

⁶³ Fallos, 280:284, (1971).

⁶⁴ Fallos, 304:1710, "Ferro", (1982).

⁶⁵ Fallos, 320:147, "Guasti", (1997).

⁶⁶ C.Nfed Cont. Adm., Sala I, 17/08/2006, "Huber Elena c. UBA - Resol. 1228/03", Voto del juez Coviello, ED, 28/02/2007.

⁶⁷ Fallos, 329:1723, "Carranza Latrubesse" (2006).

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ En tal sentido, ha destacado Juan CIANCARDI que la razonabilidad tiene aplicación universal en el mundo occidental en tanto es utilizada tanto por los países de commonlaw, del derecho continental e incluso por tribunales internacionales (*El principio de razonabilidad*, Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 24).

⁷⁰ Cfr. GELLI, María Angélica, ob. cit., p. 249.

⁷¹ Sobre el origen y evolución de esa cláusula constitucional puede consultarse: MANOVIL, Ezequiel, "Razonabilidad de las leyes: ¿Un principio 'Supraconstitucional'?", LL, 06/09/2006.

do recaudo, se muestra como un mecanismo apropiado para el control de este tipo de facultades.

Como lo ha destacado GELLI⁷², existen varios criterios para controlar la razonabilidad de los actos estatales. El primero de ellos, implica un nivel básico y mínimo de control y consiste en realizar un análisis de relación, entre los fines que se procuran con el dictado del acto y los medios elegidos para alcanzarlos. Es decir, según este patrón, para que el acto administrativo se muestre como razonable, basta con que el contenido del mismo, resulte idóneo o apto para lograr la finalidad perseguida por el órgano del cual emana.

El segundo de ellos, evidencia mayor estrictez que el anterior, puesto que aquí se evalúa, que entre el contenido del acto y su finalidad, exista relación de proporcionalidad, verificando, de este modo, que el medio escogido por la autoridad no exceda—por su desproporción—al fin público perseguido. De esta manera, como lo ha destacado la jurisprudencia la proporcionalidad "actúa como un límite impuesto a la actividad de los poderes públicos, consistente en mantener un nexo de adecuada proporción entre el fin perseguido y los medios puestos en acción para su realización"⁷³.

En el ámbito de la LNPA⁷⁴, la proporcionalidad—entendida como especie de razonabilidad y como condición ineludible que debe cumplir el acto administrativo—ha sido receptada por dicho cuerpo legal en el art. 7° inc. f como un componente del elemento finalidad, al prescribirse que "las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad".

En el caso del acto administrativo, la razonabilidad surge de la vinculación entre objeto y finalidad del acto administrativo, con lo cual, la ausencia de tal recaudo determina la nulidad absoluta del mismo⁷⁵.

Por último, evidenciando un control más estricto por parte del juez, que en los supuestos analizados, encontramos el estudio de costos y beneficios que trae aparejado el dictado de un acto administrativo, lo cual, se acerca en la práctica al análisis de oportunidad y conveniencia, poniendo en peligro el principio de la división de poderes pues, tal forma de proceder se encuentra vedada al Poder Judicial, incluso en el derecho comparado⁷⁶.

⁷² GELLI, María Angélica, "El caso Smith (o la razonabilidad cuestionada)", LL, 2002-B-790.

⁷³ C.Nac. Fed. La Plata, Sala II, 08/05/01, "Fomento de Construcciones y Contratas S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda s/ amparo", voto del Dr. Frondizi.

⁷⁴ Ley 19.549, B.O. 27/04/1972.

⁷⁵ Cfr. COMADIRA, J., *El acto Administrativo en la ley Nacional de procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 127; GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 200, p. VIII-15. Por su parte, COVIELLO señala que "la irrazonabilidad es primariamente predicable como vicio en el objeto, respecto al cual el elemento finalidad concurre como referencia o medida". (COVIELLO, Pedro J., "La causa y el objeto del acto administrativo", en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2002, p. 48).

⁷⁶ Así desde el derecho estadounidense se ha señalado que en ningún caso está permitido al tribunal sustituir a la administración pública en la valoración de criterios políticos o de oportunidad que sólo a

En este orden de cosas, se ha expresado, que el control de razonabilidad dentro de una causa, debe realizarse a través de la aplicación de un estándar básico de razonabilidad que contemple el caso concreto de manera tal que los jueces no excedan sus funciones específicas y acaben valorando la oportunidad mérito o conveniencia de las medias adoptadas, lo que llevaría al gobierno de los jueces⁷⁷.

La Corte se ha valido de esta herramienta de la razonabilidad para controlar la actividad administrativa sobre todo frente al ejercicio de facultades discrecionales. En tal sentido, ha señalado que "la circunstancia que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia"⁷⁸.

En "Industria Maderera Lanín S.R.L."⁷⁹, donde la actora reclamaba los daños provocados al impedírsele la explotación forestal de una zona en el Parque Nacional Lanín, la Corte —al revocar la sentencia anterior y ampliar el monto del reclamo— consideró que el contrato de concesión en que respaldaba su reclamo la actora no se había perfeccionado por los obstáculos creados por la Administración Nacional del Parques y por su actuar arbitrario, lo que habilitaba al Alto Tribunal efectuar un control de razonabilidad con que fueron ejercidas las facultades discrecionales.

Esa misma doctrina, se reiteró en la causa "Fadlala de Ferreyra"⁸⁰, al confirmar la Corte lo decidido en la instancia anterior, que había admitido la procedencia de una acción de amparo promovida con el objeto de solicitar la anulación del acto administrativo por medio del cual, se había separado a la actora de su cargo, invocando para ello razones de seguridad. Según el Máximo Tribunal, la causa del acto impugnado se encontraba fundada en imprecisas razones de seguridad que carecían de un andamiaje objetivo que la justifique y tampoco, se había permitido el ejercicio del derecho de defensa de la actora a través de un sumario administrativo, afectando los derechos constitucionales de trabajar y enseñar.

En "Demchenko"⁸¹, en cambio, la Corte efectuó un control más intenso ya que además de revisar la relación entre medios y fines fiscalizó que exista proporcionalidad entre ambos.

Se trataba de la impugnación de una multa que se le había impuesto al actor en su carácter de propietario y armador de un buque de bandera extranjera. La Corte convalidó la sentencia del inferior que había considerado que la sanción era desproporcionada en tanto había implicado un exceso de punición ya que el *quantum* de la multa superaba el valor del buque. Para arribar a ese resultado, el Máximo tribunal consideró que "la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración" agregando que "[e]n modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley".

Esta doctrina es reiterada luego en "Almirón"⁸². Se trataba de una demanda iniciada por la actora en representación de su hija menor de edad por medio de la cual se procuraba cuestionar la medida del Instituto Superior de Educación Católica que impedía el ingreso a esa institución por carecer de aptitud psíquico-física por carecer de visión en un ojo. A partir de ello, la Corte consideró —al confirmar la sentencia del inferior— que "la exigencia de la visión en los dos ojos no guarda relación de proporción con el objetivo de estudiar el profesorado de geografía, y por el contrario, significa un atentado en el caso, al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados en el art. 14 de la Constitución Nacional".

La jurisprudencia de la Corte evidencia que el mecanismo de razonabilidad ha sido utilizado de manera frecuente para controlar el ejercicio de facultades discrecionales. En cuanto a los diferentes criterios se observa que el Alto Tribunal, por lo general, ha efectuado un control de relación entre medios y fines y excepcionalmente de proporcionalidad. Sólo en forma ocasional ha realizado un control mediante un análisis de costos y beneficios⁸³.

d) Control por los conceptos jurídicos indeterminados

Como se sabe, éstos, han sido contruidos por la doctrina alemana⁸⁴ como una técnica de reducción de la discrecionalidad y consisten en definiciones genéricas efec-

ella le corresponde determinar (Cfr. STEWARD, Richard B., "La justicia administrativa en Estados Unidos" en AA. VV. BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, 1ª ed., Tomás Rubio Garrido, trad., Civitas, Madrid, 1993, p. 577).

⁷⁷ Cfr. LAZZARINI, José Luis, "El acto lesivo en el amparo", *LL*, t. 115, p. 716, esp. p. 720.

⁷⁸ Fallos, 306:126, "Fadlala de Ferreyra" (1984).

⁷⁹ Fallos, 298:223, (1977).

⁸⁰ Fallos, 306:126, considerando 8º, (1984).

⁸¹ Fallos, 321:3103, "Demchenko" (1998).

⁸² Fallos, 305:1489 (1983).

⁸³ Porejemplo, "Iaccarini, Pascual c/ OSN", Fallos: 184:331 (1939); "Fernández, Raúl c/ EN-PEN s/ amparo", Fallos: 322:3008 (1999); "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", CSI. 349.XX.XIX. R.O. (29 de marzo de 2005). Al respecto ver el comentario de esta sentencia en GELLI, María Angélica, "El Caso 'Itzcovich'. ¿Un fallo institucional de la Corte Suprema?", *LL*, 2005-B-1388/1392.

⁸⁴ Cfr. BIANCHI, Alberto B., "El control judicial sobre la zona interna de la administración", *LL*, 1989-C-481.

tuados por el ordenamiento que para aplicarse a un caso concreto requieren ser interpretadas por la administración pública⁸⁵, dado que muchas veces se refieren a realidades extrajurídicas no precisadas en norma alguna⁸⁶, pero que delimitan un supuesto específico que sólo puede ser concretado en su aplicación práctica⁸⁷.

Por lo general, el ordenamiento utiliza conceptos de experiencia—como la incapacidad—o de valor—como la buena fe, buena conducta⁸⁸, oferta más conveniente, candidato más idóneo, etc.—y encomienda al poder administrador la valoración de tales circunstancias y la determinación del enunciado⁸⁹.

La diferencia de los conceptos jurídicos indeterminado con la discrecionalidad administrativa es que los primeros, aunque no se encuentren definidos en la norma, son precisables en cada caso concreto mediante una simple operación interpretativa, tal como lo ha establecido la jurisprudencia española⁹⁰. De tal modo, en tales supuestos existe una sola alternativa posible⁹¹ mientras que frente a la discrecionalidad existen dos o más posibilidades igualmente válidas desde la perspectiva del derecho⁹².

Por ello, algunos⁹³ han opinado que en tales supuestos no estamos en presencia de actividad discrecional ya que en esos casos, la labor del juez estará destinada a comprobar si la valoración efectuada por el poder administrador se corresponde con lo establecido por la norma y advertir—de ese modo—si la administración se ha equivocado o no en la aplicación del concepto al caso concreto⁹⁴.

A esta técnica de control acudió la Corte federal, por ejemplo, para resolver la causa “Mocchiutti”⁹⁵. En este caso, el actor cuestionaba la integración de un jurado de concurso docente universitario con un estudiante y un egresado, y el Alto Tribunal consideró que su control recaía sobre un concepto jurídico indeterminado que en el caso consistía en establecer si el estudiante cumplía con los requisitos de “idoneidad” que requería la normativa que regulaba el concurso.

⁸⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, ob. cit., p. 99.

⁸⁶ GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 53.

⁸⁷ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., ob. cit., p. 92.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., p. 446.

⁸⁹ COMADIRA, Julio R., “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, ob. cit., 186:600.

⁹⁰ STS, dictada el 27/07/2004, rec. N° 4923/2000.

⁹¹ Cfr. COMADIRA, Julio R., “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, ob. cit.

⁹² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., p. 447.

⁹³ SÁNCHEZ MORÓN, M., ob. cit., p. 92.

⁹⁴ Para ampliar puede verse: CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad, ob. cit., ps. 173 y ss. En contra de esa tesis se ha pronunciado SESIN, Domingo J., *Administración pública. Actividad regulada, discrecional y técnica*, ob. cit., ps. 259/60.

⁹⁵ Fallos, 320:2298 “Mocchiutti” (1997).

Luego, en la causa “Solá”⁹⁶, también hizo un control a través de la determinación de un concepto jurídico indeterminado pues debió analizar si los actores habían incurrido en “mala conducta”.

Idéntica técnica se utilizó en *irre* “Maruba”⁹⁷, en donde la empresa actora reclamaba los daños provocados por incumplimiento contractual de Estado Nacional en razón de la modificación de las pautas tarifarias durante la ejecución del contrato, afectando, de ese modo, su ecuación económico-financiera. Allí, la Corte debió determinar qué se entendía por “razonable rentabilidad” y en virtud de ello, terminó rechazando la demanda al considerar que la rentabilidad de la accionante había sido razonable.

e) Control por los hechos determinantes

Los hechos determinantes constituyen la realidad material sobre la que se apoya una actuación administrativa⁹⁸ y se erigen como un límite objetivo sobre el ejercicio de facultades discrecionales⁹⁹. Por esa vía se fiscaliza, entonces, si la decisión de la administración encuentra sustento fáctico en los sucesos acaecidos en la realidad.

Como podrá apreciarse, en el campo fáctico la decisión la autoridad administrativa no tiene margen de apreciación, pues los hechos son objetivos y la materialización de los mismos debe ser verificada por el juzgador en el caso concreto, para lo cual adquieren suma relevancia los medios probatorios de los que pueda valerse el administrado.

La posibilidad del poder judicial de analizar lo relativo a los hechos determinantes en los que se funda un acto administrativo fue admitido por la Corte en la causa “López de Reyes”¹⁰⁰. En tal sentido, el Alto Tribunal señaló que los jueces poseen “la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos”.

En esa misma inteligencia, ha expresado la Corte en otro precedente más cercano en el tiempo que “La exactitud material de los hechos que motivan la decisión administrativa constituye una condición general de legalidad de todo acto administrativo por lo que, como se ha dicho, los jueces están facultados para verificar la materialidad de las faltas que motivan las medidas discrecionales”¹⁰¹.

⁹⁶ Fallos, 320:2509, “Solá” (1997).

⁹⁷ Fallos, 321:1784, “Maruba” (1998).

⁹⁸ GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, ob. cit., p. 55.

⁹⁹ Cfr. ESCRIBANO COLLADO, Pedro, “Técnicas de control judicial de la actividad administrativa” en AA.VV., *La justicia administrativa en el derecho comparado*, p. 363.

¹⁰⁰ Fallos, 244:548, “López de Reyes” (1949).

¹⁰¹ Fallos, 326:2896, “Medina” (2003).

CAPÍTULO II

EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo es la rama del derecho público que se ocupa del estudio de la función administrativa del Estado, cualquiera sea el sujeto que la ejerza; ya sea una persona pública estatal (uno de los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo o judicial) o no estatal (colegios profesionales, obras sociales del sector público) e incluso particulares (concesionarios de obras y servicios públicos), para quienes aceptan que los sujetos privados ejercen función administrativa¹. Desde esta perspectiva podemos aseverar entonces que el derecho administrativo consiste en el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de la función administrativa. Es el régimen jurídico o disciplina jurídica de la función administrativa del Estado.

El Derecho Administrativo no debe entenderse como algo abstracto, ajeno o alejado de la realidad sino como algo de contacto cotidiano y permanente con el individuo. Cuando nos dirigimos a la facultad o al trabajo tomamos un colectivo o un taxi y como tal somos usuarios de un servicio público que es regido por este derecho. Si optamos por utilizar nuestro automóvil, lo hacemos porque estamos habilitados por el municipio para conducir, a través de una manifestación de la función policial del Estado. Igualmente, por regulaciones de esa naturaleza es que acatamos la luz roja del semáforo y nos detenemos en la esquina. Si estacionamos mal el vehículo nos pueden aplicar una multa o puede ser removido por la grúa al corralón municipal, y en ese caso estaremos siendo destinatarios de una potestad sancionatoria del Esta-

¹ Al respecto ver, ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005 ps. 212-213 y 231; SESIN, Domingo Juan, *El derecho administrativo en reflexión*, Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2005, p. 77.

do, de la que también se ocupa el Derecho Administrativo. Si por caso, suena nuestro celular, volvemos a la situación de usuario de este otro servicio. Puede ser que en el trayecto tengamos que utilizar una ruta concesionada, y al pagar el peaje estamos formando parte como destinatario de un contrato administrativo que celebro la Administración con una empresa para que tengamos un viaje más seguro en orden a las condiciones del trayecto y su señalización. Puede suceder que seamos alumnos de una universidad pública y como tal nuestra relación jurídica se regirá por este derecho; incluso el día de mañana si una vez recibidos concursamos una cátedra, ese procedimiento de selección es de carácter administrativo lo mismo que la relación de empleo público que se generaría si salimos airoso del concurso a partir del respectivo acto administrativo de designación. Al terminar la jornada, puede pasar que demoremos en llegar a nuestro hogar por existir un gran congestionamiento de tránsito a raíz de una importante obra que encara el municipio través de una empresa contratista para agilizar la circulación, lo que da origen a uno de los contratos administrativos más típicos: el de obra pública. El fin de semana podemos disfrutar de un parque emplazado en un terreno que ha sido expropiado por la Provincia para establecer un lugar de esparcimiento. Y si tenemos sed, podemos comprar una gaseosa en un quiosco que se encuentra en ese predio por haber obtenido un permiso de uso de dominio público. Como vemos, aspectos cotidianos de nuestra vida están relacionados íntimamente con el Derecho Administrativo, aunque no seamos del todo conscientes de ello. Permanentemente somos destinatarios del ejercicio de la función administrativa del Estado que se manifiesta de diversas formas. Hechos administrativos, actos preparatorios de decisiones administrativas como dictámenes e informes; actos administrativos, reglamentos y la ejecución de contratos administrativos que celebramos con el Estado o como terceros destinatarios de los mismos, afectan diariamente nuestra vida para bien o para mal. Y cuando esto último sucede, se pone en acto todo un mecanismo de impugnación o de reclamación en sede administrativa que puede terminar en una contienda judicial, lo cual es objeto de estudio de un derecho procesal especial, el Derecho Procesal Administrativo que forma parte de la ciencia que nos ocupa. Pretendemos de este modo ilustrar al lector acerca de la importancia para nuestro día a día que tiene el Derecho Administrativo.

A lo largo de los años y de acuerdo a la evolución que ha tenido nuestra materia, se han dado una multiplicidad de definiciones para conceptualizar al Derecho Administrativo. Muchas de esas definiciones son incompletas o inaceptables por carecer de algún elemento esencial. Tales criterios pueden reducirse a los siguientes²:

1) *Criterio legalista*: Para los que siguen este punto de vista, el Derecho Administrativo consiste en la exposición y comentario de las leyes administrativas. Este criterio debe ser rechazado, pues reduce al derecho administrativo a una mera “legislación”, olvidando que la legislación no es el “derecho”, el cual no sólo comprende la ley en sentido material (Constitución, tratados, reglamentos, etc.), sino los “principios”.

2) *Criterio del Poder Ejecutivo*: Según este criterio, el Derecho Administrativo es el regulador de la actividad del Poder Ejecutivo. Entre nosotros, este criterio lo siguió SARRÍA³. Esta concepción es inexacta. En primer lugar, porque la actividad del Poder Ejecutivo no se reduce a administrar. Aparte de su actividad administrativa, está su actividad política o de gobierno y la de dictar reglamentos de carácter legislativo como los decretos de necesidad de urgencia y los delegados. En segundo lugar, porque no sólo administra el Poder Ejecutivo: también lo hacen el Legislativo y el Judicial.

3) *Criterio de las relaciones jurídicas*: De acuerdo a esta perspectiva el Derecho Administrativo es el que regula las relaciones entre los particulares y el Estado. Esta postura es incompleta. La idea de relaciones entre los ciudadanos y el Estado no es privativa del Derecho Administrativo. Por otra parte, el Derecho Administrativo no contrae su estudio a las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también trata de las que se entablan entre éste y sus propios órganos.

4) *Criterio de los servicios públicos*: Según este criterio el Derecho Administrativo es el conjunto de normas reguladoras de los servicios públicos. Se lo ha objetado diciendo que la noción de servicio público es imprecisa, lo que a su vez torna imprecisa la noción de Derecho Administrativo. Además, el servicio público, si bien constituye una parte importante del derecho administrativo, no agota el objeto del mismo. BIELSA⁴ agregó a esta concepción —servicio público como objeto del Derecho Administrativo— lo inherente al control jurisdiccional de la Administración.

5) *Criterio de la actividad total del Estado*: Según este punto de vista, el Derecho Administrativo es el derecho regulador de la actividad total del Estado. Fue auspiciado por algunos juristas alemanes⁵, para quienes el Derecho Administrativo es el derecho regulador de la actividad total del Estado. Este criterio es errado, puesto que además de la actividad administrativa, el Estado desarrolla otras actividades.

Sin agotar todas las concepciones que se han dado del derecho administrativo, reiteramos que lo importante es tener en claro que la postura que estimamos correcta consiste en considerar al derecho administrativo como “*el derecho que estudia el*

² Ver MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 143 y ss.

³ SARRIA, Félix, *Derecho Administrativo*, Assandri, Córdoba, 1961, p. 47.

⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1964, ps. 5 y 7.

⁵ STEIN; OTTO MAYER.

ejercicio de la función administrativa", lo cual es comprensivo de quien ejerce dicha función, cómo se lo hace, con qué medios y con qué limitaciones.

Señala GORDILLO⁶ que el derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas que regulan las relaciones del Estado con los administrados, tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Sin embargo —agrega dicho autor— que la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica. Explica que históricamente con las monarquías absolutas, el derecho administrativo se agotaba en un único precepto jurídico que establecía un derecho ilimitado para administrar; no se reconocía ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano; el individuo era contemplado como un objeto del poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él. Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados fue denominada "*Estado de policía*". Asimismo, que con el nacimiento del constitucionalismo, con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se operó a fines del siglo XVIII un cambio en la vida política que afectó radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes. Ya no se dirá que el Estado o el soberano pueden hacer lo que le plazca, que ninguna ley los obliga, sino que por el contrario, existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no se pueden desconocer porque son superiores y preexistentes a él. Comienza así una larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder. Finalmente manifiesta que en ese momento se dio el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos de los individuos frente al Estado, y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surgió automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos, y de construir los principios con los cuales ella se rige.

II. CARACTERES

Se trata de un derecho "*público*" entendido como aquél que se ocupa de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares o entre entes estatales entre sí. Una característica del Derecho Público es que hay a menudo una relación de subordinación porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular; a diferencia del Derecho Privado donde generalmente se dan relaciones de coordinación, ya que los sujetos se encuentran en un plano de mayor igualdad.

⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Parte general, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. II-1.

Es además un derecho "*local*". Es decir que el Estado Nacional, las provincias y los municipios, como también la ciudad autónoma de Buenos Aires ejercen cada una por su cuenta y en el ámbito de sus competencias funciones administrativas y por lo tanto, dictan sus propias normas de derecho administrativo. Así, cada provincia regula el régimen de empleo público, la organización estatal, los procedimientos administrativos y contencioso administrativos, las contrataciones estatales, etc. Se generó hace un tiempo una discusión acerca del tema de la responsabilidad del Estado, en el sentido que, al sancionarse un régimen legal sobre el particular, debe serlo por cada provincia y por el Estado Nacional en forma independiente o por el contrario si sólo debe ser materia de la legislación de fondo.

En definitiva, podemos reconocer un Derecho Administrativo en el ámbito municipal, un Derecho Administrativo provincial y uno de carácter federal; en este sentido recordemos que las provincias han conservado todo el poder no delegado en el gobierno federal (art. 121, CN). Esto es en definitiva lo que queremos significar con el carácter "*local*" del Derecho Administrativo, lo cual no es óbice para reconocer, como se verá más adelante, la creciente influencia del derecho internacional, específicamente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el desarrollo del Derecho Administrativo. En definitiva, el carácter "*local*" del Derecho Administrativo es compatible con la dinámica, principios y lineamientos que provienen desde el ámbito de los Tratados de DD.HH.

Al Derecho Administrativo se lo puede caracterizar como un derecho "*dinámico*". Se trata de un derecho que constituye el brazo jurídico del Estado. Si bien las bases estructurales de un país están dadas por la Constitución, el Derecho Administrativo es la Constitución en movimiento. La Administración para satisfacer su cometido de proveer el bien común debe permanentemente adaptar a la realidad, que es cambiante, las soluciones jurídicas y los instrumentos a través de los que opera. El dictado de reglamentos y leyes que tienen que ver con nuestra materia es incesante; sobre todo los primeros. Si tuviéramos que graficar el ordenamiento jurídico administrativo podemos decir que es como un gran océano de reglamentos, del que emergen, como islotes algunas leyes. Este dinamismo es propio de la problemática que día a día debe abordar la Administración, que es sumamente mutable. Esto hace interesante y motivador a nuestro juicio el estudio de esta materia, ya que el operador jurídico constantemente debe estar actualizándose y abordando distintos y nuevos temas.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS DEMÁS CIENCIAS JURÍDICAS

La amplitud del Derecho Administrativo y de las cuestiones que él trata han influido para que éste mantenga vinculaciones con casi todas las ramas del derecho.

Nos referiremos a las más relevantes. En primer lugar, es inescindible la íntima relación de esta disciplina con el *Derecho Constitucional*. En efecto, el Derecho Constitucional organiza el Estado a través de sus competencias supremas. En términos generales determina la estructura fundamental del Estado, las funciones de sus órganos superiores y los deberes, derechos y garantías de los habitantes con relación a aquél. Por ello, el Derecho Administrativo, como brazo jurídico de la Administración debe amoldar sus instituciones y previsiones a los principios y normas constitucionales. Por otra parte, el propio texto constitucional contiene instituciones y principios propios del derecho administrativo. Es imposible manejar y comprender el Derecho Administrativo si no se tiene un pleno conocimiento del Derecho Constitucional.

Debemos poner de resalto que la reforma constitucional de 1994 perfiló y creó las bases de un nuevo Derecho Administrativo sobre pilares más democráticos y participativos⁷. Asimismo, al margen de los nuevos institutos incorporados a la Constitución, creemos que lo más relevante ha sido, como desarrollaremos más adelante, la modificación del sistema de jerarquía de fuentes de nuestro derecho, al reconocerse a algunos tratados de derechos humanos jerarquía constitucional y a otros tratados jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN), lo cual ha generado un nuevo paradigma en el derecho argentino y en particular en el Derecho Administrativo.

Una aguda reflexión acerca de la relación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional realiza el Profesor alemán Eberhard SCHMIDT-ASSMANN⁸ al referir que el Derecho Administrativo habrá de cimentarse sobre los principios y valores constitucionales tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración; como también al aludir a la expresión “Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado” para sintetizar en pocas palabras la fuerza que posee la Constitución en la decisiva modelación del Derecho Administrativo. Agrega con razón, que la mayor virtualidad o significado que hoy posee el Derecho Constitucional reside justamente en su capacidad de fortalecer e impregnar el sistema de Derecho Administrativo, su reforma y evolución. Asevera que el Derecho Administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho Constitucional, es decir el ámbito donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación, representando el Derecho Administrativo

la base y el instrumento fundamental para la efectividad de las garantías constitucionales. En efecto—concluye—el Derecho Administrativo ha de establecer los procedimientos, formas y organizaciones que resulten idóneas para su protección, los criterios de resolución de conflictos o colisión entre los derechos fundamentales en las relaciones multilaterales y la determinación de sus límites.

Como vemos, resulta necesario destacar la relevancia del Derecho Constitucional en el ámbito de nuestra materia y pese a que se trata de un postulado jurídicamente obvio, es—al decir de BALBÍN⁹—a veces, ignorado.

Es muy estrecha también la relación entre el *Derecho Penal* y el Derecho Administrativo, en diversos aspectos. En primer lugar, el derecho penal sustantivo contiene un sinnúmero de figuras cuyos términos conceptuales corresponden al derecho administrativo. Con excepción de algunas definiciones como la de “funcionario público” contenida en el art. 77 del Código Penal, los términos “servicio público”, “autoridad competente”, “uso público”, “reglamentos”, “administración pública”, etc. son conceptualizados desde el derecho administrativo. También, los principios constitucionales y convencionales aplicables al proceso penal se aplican en materia de derecho administrativo disciplinario y en materia de contravenciones de policía e infracciones tributarias, con algunos matices que veremos en otra parte de la obra.

Tampoco podemos dejar de mencionar al *Derecho Penitenciario* ya que la ejecución de las penas y la organización de los regímenes carcelarios tienen naturaleza administrativa¹⁰.

Debemos mencionar además la íntima vinculación entre el *Derecho Financiero* y el *Derecho Tributario* con el Derecho Administrativo. Todo lo atinente al derecho presupuestario, al régimen jurídico de los recursos públicos y el gasto público, su control y el sistema monetario han sido considerados como un derecho administrativo especial. Por su lado, el Derecho Tributario, que constituye una ciencia autónoma, si bien en lo sustantivo responde a una legislación específica, las formas en que se manifiestan las distintas actividades de la Administración Fiscal (Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), Dirección General Impositiva (DGI) y Dirección General de Aduanas (DGA) constituyen herramientas propias del derecho administrativo (vg. reglamentos, instrucciones, dictámenes, actos administrativos), como también lo son—aún cuando reconocen reglas propias—los medios impugnatorios con que cuentan los contribuyentes (vg. recursos administrativos y acciones contencioso administrativas).

⁷ Conf. BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 296.

⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP - Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 15-18.

⁹ BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 294.

¹⁰ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 87.

La reforma constitucional de 1994 ha generado una estrecha cercanía del Derecho Administrativo hacia el *Derecho Internacional Público*. En efecto, a través del art. 75, incs. 22 y 24 se ha modificado el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico—tal como lo señaláramos más arriba—con un nuevo protagonismo de los tratados y en particular los instrumentos de derechos humanos con status constitucional. Asimismo, un nuevo impulso ha recobrado la jurisprudencia internacional, en cabeza fundamentalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir del año 2003, con la por entonces nueva integración de la CSJN se ha operado una gran transferencia jurídica del contenido de los tratados internacionales hacia nuestro derecho interno, no escapando de este proceso el Derecho Administrativo.

El *Derecho Procesal Administrativo* que se ocupa de los procedimientos administrativos (denuncias, recursos y reclamos, procedimientos de selección de contratistas, sumarios administrativos, procedimiento en materia de expropiación, etc.) y del proceso contencioso administrativo (control judicial de la función administrativa) tiene una destacada vinculación con el Derecho Procesal, puesto que en dichos ámbitos se aplican numerosos institutos, principios y normas del *Derecho Procesal Civil*, en forma supletoria de las disposiciones específicas sobre cada materia.

También merece destacarse la vinculación del Derecho Administrativo con el *Derecho Laboral*, fundamentalmente cuando una repartición pública celebra Convenio Colectivo de Trabajo (art. 2º, Ley de Contrato de Trabajo) y por ende, el derecho laboral va a regir esa relación de empleo público, desplazando al Derecho Administrativo aún cuando no en forma total, ya que por ejemplo la estabilidad absoluta del agente público (art. 14 bis, CN) no puede ser flexibilizada por el hecho de celebrarse tal tipo de convenio (doctrina de la CSJN del caso “Madorrán”¹¹). El empleado público tiene derecho a ciertos beneficios previsionales y de la seguridad social, como ser la jubilación o pensión, a percibir asignaciones familiares y atención de la salud, para él y su grupo familiar. La decisión de otorgar una prestación previsional se emite a través de un acto administrativo y como tal, debe reunir todos los requisitos de fondo y forma para su validez. Por lo tanto, pensamos que existe una cercana relación de nuestra asignatura con el *Derecho Previsional y de la Seguridad Social*.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la relación entre el Derecho Administrativo y el *Derecho Privado*. Como es sabido el derecho privado se construye sobre la base de los principios de autonomía, igualdad y limitación de los poderes atribuidos a los individuos. Las relaciones jurídicas emergentes del derecho privado se traducen en vínculos de coordinación. En cambio, el Derecho Administrativo

se estructura reconociendo la preeminencia del interés público sobre el de los particulares, por lo que plantea permanentemente el conflicto entre autoridad-libertad, siendo uno de los postulados del Derecho Administrativo contemporáneo bregar para la existencia de un mayor equilibrio entre ambos elementos. No obstante, ello, el Derecho Administrativo mantiene importantes lazos con el derecho privado, en materias tales como la capacidad de las personas individuales, el régimen de las personas jurídicas, la teoría general de los actos jurídicos y de los contratos, el régimen dominial (dominio público y privado del Estado), servidumbres y derechos reales, el régimen de los instrumentos públicos y de la prescripción. Se verifica además una tendencia a la intromisión del Derecho Público en el Derecho Comercial, por ejemplo en materia de sociedades de participación estatal mayoritaria, en forma acentuada en los últimos tiempos en relación a la utilización de las formas jurídicas mercantiles (sociedades anónimas) para crear entidades que cumplen cometidos estatales, tal como ocurre con la creación de diversas “Agencias” en la Provincia de Córdoba¹².

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Mediante la ley 26.994 se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015. Es una obra de innegable valor científico y un verdadero homenaje a la tutela de la libertad y de las conquistas jurídicas de la persona humana¹³. Además de la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado que refiriéramos anteriormente, el Código Civil y Comercial implica—a partir de su título preliminar, en particular el art. 1º—la constitucionalización del Derecho Civil. En efecto, dicho artículo alude a que los diversos casos en que ese código rige, deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Esta solución constituye un punto de inflexión, de contacto entre el Derecho Privado y el Derecho Público. El ordenamiento civil argentino ha dejado de estar contenido en un cuerpo cerrado, para expandirse hacia la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos, los que, como se verá más adelante, junto con los reglamentos constituyen las principales fuentes del derecho administrativo argentino. Con esto pretendemos reflejar cómo el derecho privado comparte sus fuentes, en gran parte, con el derecho constitucional y con el dere-

¹¹ Fallos: 330:1989, (2007).

¹² “Agencia Córdoba Deportes”, “Agencia Córdoba Cultura”, “Agencia Córdoba Turismo”, “Agencia Córdoba Joven”, “Agencia ProCórdoba” y “Agencia Córdoba de Inversión y Financiamiento”; “Agencia Córdoba Innovar y Emprender”.

¹³ Conf. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2015, p. 591

cho administrativo, lo que implica un cambio sustancial en nuestro sistema jurídico. El Código innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado. En este sentido, el bloque de constitucionalidad se manifiesta en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos¹⁴.

No menos importante resulta también el art. 2° que establece la manera en que debe interpretarse la ley¹⁵, haciéndose referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. El texto es innovador, ya que se incluyen los tratados sobre derechos humanos, siguiendo en ello a una extensa jurisprudencia argentina que ha interpretado la ley en función de los tratados¹⁶. También en el Título preliminar, se alude al modo de ejercicio de los derechos, al principio de buena fe (art. 9), al abuso del derecho (art. 10), al abuso de posición dominante (art. 11) y a los derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14), entre otras cuestiones.

Muchas instituciones del viejo Código Civil han sido actualizadas, y muchas de ellas tienen relación estrecha con nuestra materia: Los atinentes a las personas jurídicas, a los bienes de derecho público y privado del Estado, a los bienes en relación con los derechos de incidencia colectiva, actos jurídicos en general, contratos, son un buen ejemplo. Queda así demostrado el íntimo grado de correlación entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo, que integran el marco de juridicidad de nuestro ordenamiento.

V. EL DERECHO ADMINISTRATIVO HOY

El Estado en el ordenamiento jurídico no se encuentra en el mismo nivel de paridad que los individuos porque goza de ciertos privilegios. La ejecutoriedad del acto administrativo, su presunción de legitimidad, la necesidad de agotar la vía administrativa para que se lo pueda impugnar judicialmente dentro de ciertos plazos de caducidad para interponer la demanda; las llamadas cláusulas exorbitantes características de los contratos administrativos; el régimen de dominio público, etc., consisten en claros ejemplos de lo que nos estamos refiriendo.

El Poder Ejecutivo puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas en perjuicio o a favor de las personas y además ejecutar esas decisiones por sí mismo. Se trata de una autotutela declarativa y ejecutiva en constante situación de equilibrio entre los privilegios estatales y los derechos individuales. Sin embargo, esta característica del Derecho Administrativo no se puede predicar hoy ya de manera absoluta a poco que se repare que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva la hace resquebrajar.

Poreso, dichos privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo y como bien lo señala BALBÍN¹⁷, es un desafío para nuestra disciplina por un lado, garantizar el respeto por los derechos e intereses de las personas y por el otro, generar, a través de políticas públicas activas o de prestación, las condiciones necesarias para que los individuos puedan materializar su propio plan de vida.

En un Estado Social y Democrático de Derecho el interés público tiene mucho que ver con la promoción de las condiciones necesarias para que las personas se desarrollen libremente de manera solidaria. Se ha sostenido con acierto que el principio de legalidad, la separación de los poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona tienen una proyección intensa y extensa sobre todo el conjunto del Derecho Administrativo, siendo que éstos últimos, como ejes del ordenamiento, ocupan la centralidad del sistema jurídico¹⁸.

Y ello debe acontecer en nuestro país, donde a partir de la Reforma Constitucional del '94 contamos con un extenso catálogo de garantías con jerarquía constitucional como parte de nuestra constitución material, lo que necesariamente habrá de generar en algún momento que aparezca un nuevo modo de ejercicio del poder y sus prerrogativas. Por ello, no debe pensarse al Derecho Administrativo como un derecho que está al servicio del poder, sino como instrumento para que mejore la calidad de vida de los ciudadanos; para que su libertad sea una realidad¹⁹.

Por ello, es imprescindible para nuestro Derecho Administrativo, en su carácter instrumental, obtener una concepción diferente de la adoptada por el régimen francés, que se enmarcó en una ideología del interés general que le confirió a la función administrativa las prerrogativas necesarias para su realización efectiva, con un amplio ámbito de evaluación discrecional acerca del contenido de ese interés en el ejercicio de una función del poder. Ello supuso siempre la existencia de un ámbito público confiado a la Administración, por oposición a un ámbito privado de la sociedad civil, que, por tal razón, no tuvo injerencia alguna en el ejercicio del "poder adminis-

¹⁴ Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 29.

¹⁵ Art. 2°. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

¹⁶ Conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 34.

¹⁷ BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 280.

¹⁸ Conf. RODRIGUEZ - ARANA MUÑOZ, Jaime, "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI", AFDUDC (Anuario Facultad de Derecho Universidad Da Coruña), 13, 2009, ps. 627-643.

¹⁹ Autor y ob. cit.

trador". Una concepción absolutamente diferenciada de la idea de la función administrativa como gestora de derechos²⁰

De acuerdo a este enfoque, debemos evitar el estancamiento de nuestra disciplina, ya que como sabiamente señala D'ARGENIO, la mayoría de los especialistas no se apartan de su adhesión al régimen exorbitante de Derecho Privado y los legisladores trasplantan instituciones propias del Derecho Administrativo norteamericano sin saber cómo insertarlas en un modelo de regulación estatal. El Derecho Administrativo es un derecho íntegramente regulador del ejercicio de la función administrativa sin las características propias de su configuración autoritaria que le imprime la exorbitancia: un Derecho garantizador no sólo en función de la libertad que la antinomia clásica opone a la autoridad, sino y, principalmente, como regulador integral de la actividad administrativa que no se caracteriza entonces por su prerrogativas sino, al contrario, por su sujeción integral a la juridicidad²¹.

De manera concordante, es innegable que el Estado debe partir del entendimiento de que los derechos fundamentales son la sustancia misma que moldea el "bien común", el "orden público", el "interés público" y las "finalidades públicas", como también que la oportuna y efectiva protección de aquellos, el acceso libre e igualitario a los mismos, la creación de las condiciones materiales y apropiadas para su pleno goce y ejercicio, la remoción de los obstáculos que lo impidan y la previsión de los recursos idóneos de tutela son todos aspectos que resultan ser la guía de toda organización, procedimiento, prerrogativa o decisión estatal²². Dentro de este renovado paradigma, es indudable que una serie de nuevos principios de base convencional han ampliado las bases del Derecho Administrativo.

VI. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La incorporación del Derecho Internacional como fuente del derecho argentino

La Reforma Constitucional del año 1994 constituye una bisagra en el derecho argentino. Si bien el principal motor de dicha enmienda fue la reelección de un Presidente, afortunadamente los convencionales constituyentes tuvieron una gran lucidez y aprovecharon la oportunidad para incorporar a nuestro sistema jurídico importantes avances, pudiendo afirmarse que el motor político primario de la reforma,

luego superado, nos dejó un trascendente legado. Basta mencionar a modo de ejemplo la constitucionalización de la acción de amparo, la protección de los derechos de incidencia colectiva, la regulación del habeas data, de los reglamentos de necesidad y urgencia y de los delegados; la consagración del Ministerio Público como un órgano independiente, del Defensor del Pueblo de la Nación, la autonomía universitaria y de los municipios, para tomar conciencia de los que estamos hablando.

Sin embargo, a nuestro juicio, la principal transformación la constituye la modificación de la jerarquía normativa de nuestro sistema jurídico (art. 31, CN), al haberse otorgado rango constitucional a los tratados de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22 de la CN y reconocido a los demás tratados en general, concordatos con la Santa Sede y tratados de integración, como también al derecho comunitario, jerarquía superior a las leyes.

Se ha dicho con razón al respecto que "este proceso ha transformado los paradigmas sobre los cuales se asentaban nuestros ordenamientos jurídicos, nuestras instituciones, nuestra forma de observar y resolver los problemas de nuestra ciencia. La reforma constitucional de 1994 constituye el punto de partida y de apoyo de ese proceso de internacionalización de nuestro sistema jurídico, con consecuencias aún imprevisibles"²³.

De esta forma, aun cuando la Ley 24.309 (B.O. 31/12/1993)—que declaró la necesidad de la reforma y convocó a una Convención Constituyente que sesionaría en las ciudades de Santa Fe y Paraná en el año 1994—en su artículo 7° estableció que dicha Convención no podría introducir modificación a la Primera Parte de la Constitución, es decir a la parte dogmática, de hecho, los arts. 75, incs. 22 y 24, han trastocado el orden de prelación de las normas establecido en el art. 31. En efecto, a partir del nuevo texto constitucional, dicho esquema pasó a ser el siguiente:

a) Constitución Nacional + Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75, inc. 22²⁴ + demás Tratados de Derechos Humanos a los que con posterioridad se les otorgue jerarquía constitucional²⁵;

²⁰ SALOMONI, Jorge Luis, *El contencioso Administrativo en la República Argentina*. Sus principales características en las etapas de conformación nacional y de internacionalización del ordenamiento jurídico, conferencia dictada el día 8 de junio de 2005 en el marco de la "Diplomatura en control jurídico de la Administración Pública", Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba.

²¹ Ellos son: "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"; "Declaración Universal de los Derechos Humanos"; "Convención Americana sobre Derechos Humanos"; "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo"; "Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio"; "Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial"; "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer"; "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes"; "Convención sobre los Derechos del Niño".

²² Tales los casos de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" que por ley 24.820 (B.O. 28/05/97) se le reconoció jerarquía constitucional y la "Convención sobre

²⁰ D'ARGENIO, Inés, *La administración pública. Crisis del sistema autoritario*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2012, p. 54.

²¹ D'ARGENIO, Inés, ob. cit., ps. 227 y 267.

²² OLIVERO, Eduardo Raúl, "Los Principios del Derecho Público Argentino: la armónica recepción de la legalidad supranacional y sus implicancias para el interés público", *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, II-LXV-150, 11/07/2012.

b) Otros Tratados + Tratados de Integración + Normas de Derecho Comunitario (arts. 75, incs. 22 y 24);

c) Leyes de la Nación.

El hecho que a los tratados de derechos humanos se les haya reconocido “jerarquía constitucional” no quiere decir que “formen parte” o “estén incorporados” a la Constitución sino que integran el bloque de constitucionalidad federal²⁶. Señala María Angélica GELLI²⁷ que el tema de la ubicación jerárquica de los tratados en general y de los tratados de derechos humanos en particular suscitó mucho debate en la Convención Constituyente de 1994. Lo que resultaba claro para los convencionales —por existir acuerdo entre ellos— era que los tratados internacionales, cualquiera fuese su tipo y modalidad debían estar por encima de las leyes. Sobre el punto los convencionales siguieron la línea interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se había empezado a forjar antes de la reforma con el precedente “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”²⁸ en el sentido que los tratados están por encima de la ley. En tal oportunidad, el Alto Tribunal expresó: “[...] *Que la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno [...]*” [...] “[...] *Que en el mismo orden de ideas debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata [...]*”.

Igual tesitura mantuvo en el fallo recaído en los autos: “*Fibra Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”²⁹ donde en relación al art. 27

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” que goza de dicha jerarquía en virtud de lo dispuesto por la ley 25.778 (B.O. 03/09/03) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 27.044 (B.O. 22/12/14).

²⁶ Al decir de BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, p. 555.

²⁷ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 244/5.

²⁸ Fallos: 315:1503 (1992).

²⁹ Fallos: 316:1669, (1993).

de la Convención de Viena manifestó que “[...] *La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado Argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria [...]*”. En el mismo sentido se pronunció en “*Cafés La Virginia S.A.*”³⁰ oportunidad en que remarcó que “[...] *La derogación de un tratado internacional por una ley del congreso, o por cualquier otro acto interno de menor jerarquía normativa constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación [...]*” (Del voto del Dr. Boggiano).

Sin embargo, no hubo consenso en la Constituyente acerca de otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. De ese modo, el principio del art. 27 de la Constitución Nacional —en el sentido que los tratados deben tener conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución— mantuvo su plena eficacia y con él la preeminencia de la Constitución por sobre los tratados, con la excepción de los tratados de derechos humanos a los que el art. 75, inc. 22 declaró con jerarquía constitucional³¹.

El art. 75, inc. 22 atribuye a los Tratados que allí menciona jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. Por un lado, debe entenderse que se trata de las condiciones que al tiempo de entrar en vigor la reforma surgían del previo reconocimiento o ratificación que les había deparado nuestro país. Por ende, es una pauta que indica que se deben tomar en cuenta las reservas y aclaraciones de todo tipo que la República Argentina haya incluido en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación o adhesión internacional a cada uno de los textos respectivos. También se proyecta esta expresión hacia el futuro, para el supuesto en que alguno de los tratados a los que se les hubiera reconocido jerarquía constitucional, fuera denunciado por nuestro país con las formalidades del derecho internacional³². En tal caso, opinamos que no podría mantenerse en el derecho interno la vigencia de una norma de fuente internacional que fue posteriormente denunciada.

Pero lo más trascendente de la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” abarca también el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional³³. Así se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas oportunidades, señalando que “[...] *la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]*

³⁰ Fallos: 317:1282, (1994).

³¹ Conf. GELLI, María Angélica, ob. cit., ps. 244/5.

³² BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 557.

³³ Conf. GELLI, María Angélica, ob. cit., p. 593.

*ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (artículo 75, inc. 22, segundo párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana [...]*³⁴.

Los tratados que se incorporan con jerarquía constitucional lo hacen sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos (art. 75, inc. 22, CN). La primera parte de la Constitución es la Parte Dogmática, donde se encuentra el catálogo de derechos y garantías que la Constitución reconoce y que la ley que ha-

³⁴ CSJN, "Giroldi" Fallos: 318:514, (1995); en igual sentido "Espósito" Fallos: 327:5668, (2004), donde se agrega "[...] Que los 'referidos tratados' no se han incorporado a la Constitución Argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que, por voluntad del constituyente, tal remisión lo fue 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y precisamente la proveniente del ordenamiento internacional en modo tal que 'la referencia' que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquél ordenamiento... Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los Tratados incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (causa 'Arce' de Fallos: 320:2145, considerando 7°). Los estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos (conf. causa 'Arancibia Clavel'). Ver también, 'Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad', Fallos: 328:2056, (2005): 'Que la Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como referencia al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal... tal referencia significa la remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual Argentina es Estado Parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado al derecho interno. Tampoco se ha operado una recepción de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar aprobados legislativamente y ratificados por el presidente de la Nación; como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay adaptación de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75, inc. 22, dispone una referencia y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista" (Del voto del Dr. Boggiano). Consultar además CSJN, "Casal", Fallos: 328:3399, (2005).

bilitó la reforma prohibió modificar. Ahora bien, ¿qué se entiende por complementarios? Descartamos que tal término pueda ser entendido como sinónimo de subsidiariedad o supletoriedad, como si estuviéramos en presencia de una fuente secundaria, ya que ambas gozan del mismo rango. Una coherente interpretación aconseja entender que los artículos de la primera parte de la Constitución y los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional constituyen un plexo normativo indisoluble sin que unos perturben a los otros, formando un conjunto coherente insusceptible de ser desgajado, desarticulado o dividido³⁵. No se evidencian ni es sencillo hallar contradicciones entre las disposiciones de los tratados y el capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución. Ahora bien, si por hipótesis apareciera dicho conflicto debería emplearse una armonización conciliadora e integradora que procure salvaguardar las normas en pugna³⁶.

Sin embargo, nuestro Más Alto Tribunal ha ido más allá de esta conclusión, entendiendo que el constituyente, al otorgarle a los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 jerarquía constitucional, ya ha efectuado a tal efecto un estudio de su compatibilidad y por ende no ha encontrado contradicción alguna. Así, ha expresado que: "[...] el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución [...]' aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los

³⁵ BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 561.

³⁶ Conf. SPOTA (h), Alberto Antonio, "La vigencia en el ordenamiento jurídico interno de los tratados sobre derechos humanos a posteriori de la reforma constitucional de 1994", en BIDART CAMPOS, Germán - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coordinadores), *A una década de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 535.

*tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente [...]*³⁷.

También dicho Tribunal ha señalado que “la incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones”³⁸.

Nos queda el interrogante si la misma conclusión—en lo que respecta al examen de compatibilidad que ha efectuado la Constituyente sobre los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 y la CN—se puede predicar también sobre los tratados de derechos humanos que posteriormente el Congreso con la mayoría especial requerida les ha asignado jerarquía constitucional, tal como ha ocurrido con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas mediante ley 24.820 (B.O. 29/05/97) y con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad por la ley 25.778 (B.O. 03/09/03). En principio habría que suponer que es así, atento la exigencia contenida en la última parte de la norma comentada que prescribe que la jerarquía constitucional de dichos instrumentos debe ser declarada por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Ahora bien, en este supuesto, dicha compatibilización podrá ser discutida por los poderes constituidos en caso de conflicto, puesto que a nuestro juicio ya no se trata de una ponderación del poder constituyente.

Tradicionalmente, el Derecho Internacional clásico ha reservado a las legislaciones nacionales, en general a las normas constitucionales, la decisión sobre la forma de integración del Derecho Internacional al orden jurídico vigente en un Estado. Es el derecho interno de cada Estado el que decide entre una doctrina monista o dualista en la incorporación del derecho internacional a su orden normativo: es el Estado el que elegirá si el derecho internacional ingresa automáticamente al orden normativo local, o si, por el contrario, resulta en todos los casos necesaria una legislación interna que recepte la normativa internacional para su aplicación local³⁹.

³⁷ CSJN, “Monges”, Fallos: 319:3148, (1996); en igual sentido “Chocobar”, Fallos: 319:3241, (1996).

³⁸ CSJN, “Simón”, Fallos: 328:2056, (2005) voto del Dr. Lorenzetti.

³⁹ Conf. ABBEGÚ, Martín, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto SRL - CELS Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2005, ps. 6/7.

Tras la reforma constitucional de 1994, ha cambiado la pirámide normativa de nuestro sistema jurídico. Se impone entonces en los operadores jurídicos una verdadera transformación que asimile esta nueva realidad. Es imperativo para el Estado Argentino tutelar en relación a sus habitantes los derechos y garantías reconocidos por los instrumentos internacionales, que gozan de jerarquía constitucional como el caso de los tratados de Derechos Humanos mencionados en el art. 75, inc. 12 de la CN y los que con posterioridad han adquirido tal status. El impacto del derecho internacional sobre el derecho interno y la confluencia entre ambos, ha llevado a construir la idea de un bloque constitucional de derechos. La interacción existente entre ambos sistemas conduce a la defensa de los derechos y garantías fundamentales de los individuos⁴⁰.

Se trata en definitiva de un cambio en el concepto de soberanía cuando se hallan en juego cuestiones vinculadas con los derechos humanos, donde el cambio de paradigma se presenta con más claridad, pues el sistema de los derechos humanos pareciera que está involucrado dentro de un proceso uniforme de globalización⁴¹. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a partir del caso “Myrna Mack Chang”⁴² ha denominado específicamente “control de convencionalidad” al confronte entre el Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales, con las disposiciones del derecho interno nacional de los Estados parte. De ello se deduce la transnacionalización de la función jurisdiccional además de haberse instaurado un plexo normativo específico que tiene andamiaje supra legal⁴³. A partir de la naturaleza del hombre, el dinámico progreso de la cultura fue manifestando primeramente los llamados “derechos individuales” o de “primera generación”. Luego, desde comienzo del Siglo XX, ganando nuevos espacios para la dignidad humana se reconocieron los “derechos sociales” o de “segunda generación”, surgiendo finalmente, como una de las actuales tendencias del constitucionalismo “post industrial”, los llamados derechos de la “tercera generación”, que vienen a juridizar en numerosos textos constitucionales las expectativas del hombre, de los grupos sociales y de toda la sociedad en cuyas cabezas está su titularidad⁴⁴.

⁴⁰ Conf. PALACIO DE CAERO, Silvia B., *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 87.

⁴¹ Conf. TRAVIESO, Juan A., “Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ob. cit., p. 144.

⁴² Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25/11/03.

⁴³ Conf. FOLCO, Carlos María, “Apuntes sobre derechos humanos, celeridad procesal y la doctrina prospectiva en la jurisprudencia de la Corte”, diario *La Ley* del 31/08/10.

⁴⁴ HARO, Ricardo, “Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional”, *Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, N° 5, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 35.

Se ha definido a los derechos humanos como la serie de atributos y facultades del individuo como tal, esenciales para su vida y desarrollo; es decir aquello que "se debe" a una persona por el mero hecho de ser tal, con independencia de sus circunstancias (nacionalidad, raza, sexo, capacidad intelectual, contexto histórico, etc.). Se trata en definitiva de los derechos básicos de toda persona⁴⁵.

A partir de la postguerra, ha tenido un vertiginoso desarrollo lo que se ha dado en llamar el "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", que como rama del derecho internacional no sólo creció en la cantidad de instrumentos aprobados por los organismos internacionales y ratificados por los Estados, sino que también se ha extendido a una variada gama más allá de sus orígenes. El desarrollo de este derecho no está vinculado exclusivamente a su evolución internacional sino que el principio de subsidiariedad que gobierna las prácticas tuitivas internacionales exige como requisito para la puesta en marcha de la maquinaria internacional, la falta de una respuesta interna frente a las agresiones de los derechos humanos, generando una necesaria complementariedad entre la protección internacional de los derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno⁴⁶.

Los tratados de derechos humanos tienen una particular naturaleza que se manifiesta en que no se trata de tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como a los otros Estados contratantes⁴⁷.

Al incorporarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los ordenamientos internos, si bien los Estados pueden decidir la forma en que se aplicará este derecho, los tratados ya regulan en su texto algunos de los mecanismos que deberán ser respetados, constituyendo deberes de los Estados Parte la obligación de respeto, de adoptar las medidas necesarias y la obligación de garantía, destacándose especialmente el deber de asegurar la tutela judicial de los derechos internacionalmente protegidos por cuanto constituyen el reaseguro último para su vigencia⁴⁸.

Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obli-

gación se cumpla por vía administrativa, judicial o legislativa; de la misma manera que la división de poderes sería inoponible como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída. Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en el derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno⁴⁹.

En los instrumentos que cristalizan los derechos humanos coexisten dos grandes clases de disposiciones. Unas que resultan inmediatamente aplicables o auto-ejecutivas y pueden hacerse valer ante un tribunal sin otro aditamento o norma que precise su contenido o alcance. Y otras que en realidad fijan directivas para el dictado de disposiciones normativas que permitan su aplicación. Se limitan a fijar un programa a seguir por el legislador e imponen a éste la obligación de dictar las leyes que permitan efectivizar el derecho en cuestión. Al tiempo de analizar si una norma entonces es operativa o programática se presume la operatividad de una norma contenida en un Tratado sobre Derechos Humanos⁵⁰. En este sentido, la CSJN ha entendido que las normas aludidas establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna⁵¹.

Ahora bien, el hecho de encontrarnos con una norma programática no implica que la misma carezca de ningún efecto sino que por el contrario, impide la adopción por el Estado de normas que se opongan al mandato o plan contenido en aquella; si el mandato normativo aparece claro, el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñarse el sentido de otras normas y por último, el órgano legislativo queda emplazado a poner en marcha el plan esbozado en la norma en un plazo razonable⁵².

Al interpretar cualquiera de las normas internacionales sobre derechos humanos cabe tener presente las siguientes pautas:

- *Especificidad de los derechos humanos*: los acuerdos sobre derechos humanos generan una suerte de orden público común, del que son directamente beneficiarias las personas, sin distinción alguna. La observancia de sus disposiciones trasciende el interés de las partes y concierne a la comunidad internacional toda.

⁴⁵ Conf. BELISLE, José Manuel - GARCÍA ZEBALLOS, Juan Herminio, "Sobre el ejercicio de los derechos humanos en Argentina. Apuntes para una revisión", *Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, N° 12, Advocatus, Córdoba, 2003, p. 63.

⁴⁶ Conf. ABREGÚ, Martín, ob. cit., ps. 3/4.

⁴⁷ Conf. ABREGÚ, Martín, ob. cit., p. 8, quien alude a la Opinión Consultiva N° 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

⁴⁸ Conf. ABREGÚ, Martín, ob. cit., ps. 9/10.

⁴⁹ Conf. MÉNDEZ, Juan E. "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos" en, AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ob. cit., p. 532.

⁵⁰ Conf. GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, ps. V-12/13.

⁵¹ Ekmekdjian", cit. supra, voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor.

⁵² Conf. GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, ob. cit., ps. V-13/14.

- *La jurisprudencia internacional como fuente interpretativa*: Al señalar el art. 75, inc. 22 que los Tratados de Derecho Humanos “en las condiciones de su vigencia” tienen jerarquía constitucional, se alude, como ya manifestamos más arriba, a la manera en que los tribunales de justicia internacionales interpretan en sus pronunciamientos las diversas cláusulas de los respectivos tratados. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, por la valoración que de ella hace nuestra Corte Suprema y que se extiende a los tribunales inferiores, se halla dotada de una suerte de “ultra-actividad” que despliega efectos de alcance interpretativo en la jurisdicción interna. Aquella Corte es la intérprete auténtica del Pacto de San José de Costa Rica cuando se pronuncia sobre él en cuestiones contenciosas o por vía consultiva.

- *Interpretación “pro-homine”*: De acuerdo a este principio, habrá de estar-se siempre a la interpretación que resulte más favorable al individuo en caso de disposiciones que le reconozcan o acuerden derechos. Con el mismo espíritu, habrá de darse prevalencia a la norma que signifique la menor restricción a los derechos humanos en caso de convenciones que impongan restricciones o limitaciones.

En sentido coincidente con lo que venimos exponiendo, el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como pautas de interpretación, las siguientes: “Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a algunos de los Estados Partes, grupo o personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y, d) excluir o eliminar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Finalmente, en opinión de BIDART CAMPOS⁵³ el actual derecho internacional de los derechos humanos sintoniza muy bien con la constitución democrática. Con la reforma de 1994 numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos han alcanzado la misma jerarquía de la constitución suprema, operando como fuente externa —en común con la interna— del sistema de derechos. Por ello —según este autor— los derechos contenidos en la Constitución se han de interpretar

de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del derecho argentino. En la medida de lo posible se ha de arrancar de la presunción consistente en que las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos son operativas. Cuando acaso los derechos contenidos en los tratados internacionales no figuren en la Constitución u ofrezcan mayor amplitud, o presenten modalidades parcialmente diferentes, hay que esforzarse en considerar que los derechos emergentes de los tratados tienen hospedaje en la cláusula constitucional de los derechos implícitos (art. 33). Hay tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, los que los coloca a su mismo nivel en el vértice de nuestro derecho interno. En definitiva, surge en nuestro sistema jurídico un nuevo paradigma, conformado principalmente por la protección de los derechos humanos, lo que ha redimensionado el catálogo de garantías constitucionales.

Por lo tanto nuestro Derecho Administrativo se inserta en el denominado “Estado constitucional de derecho” como manifestación del llamado “neoconstitucionalismo” que se caracteriza fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos. El estado constitucional de derecho presenta como elementos estructurales los siguientes: a) Fuerza normativa de la constitución que con carácter vinculante irradia sus contenidos sustanciales a todo el ordenamiento jurídico; b) supremacía de la Constitución; c) una dimensión de validez sustancial compuesta por derechos fundamentales procedentes de la Constitución y de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; d) la aplicación directa de las normas constitucionales y e) la titularidad y ejercicio por parte del Poder Judicial de la última palabra constitucional.

2. El carácter vinculante de la doctrina de la CIDH. Su alcance

Es sabido que las sentencias que emite la CIDH son obligatorias. Según lo dispone el art. 68 de la Convención Americana de Derecho Humanos, los Estados se comprometen a cumplirlas en todos los casos en que sean partes⁵⁴. Por lo tanto, no existen dudas que los pronunciamientos del Tribunal son vinculantes para los litigantes, debiendo ser acatados en forma irrestricta. Ahora bien, resulta interesante preguntarse qué grado de fuerza vinculante tienen los precedentes en los que tuvo intervención un determinado Estado —en lo que respecta a la doctrina judicial conteni-

⁵³ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 491.

⁵⁴ “Artículo 68: 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga la indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

da en el decisorio—respecto a otros casos similares planteados en situaciones en la que el mismo país está involucrado, e incluso frente a decisiones recaídas respecto a otros países o ante una situación análoga en otro Estado.

Nuestra Corte Suprema en el año 1992 en la causa “Ekmekdjian”⁵⁵ había reconocido que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debía guiarse por la jurisprudencia de la CIDH. En esa misma línea se pronunció luego de la reforma constitucional de 1994 en los casos “Girolidi”⁵⁶ y “Bramajo”⁵⁷. Luego de algunos precedentes en que se apartó de la idea de seguir los lineamientos de los órganos internacionales⁵⁸, se advierte una tendencia en los que se inclinó progresivamente por su acatamiento⁵⁹. Sin embargo, volvió a renovarse el interés sobre este tema a partir del dictamen del por entonces Procurador General de la Nación, Esteban Righi, del 10 de marzo de 2010, en la causa “Acosta”, quien se pronunció en un sentido contrario al que la Corte venía sosteniendo en sus últimos fallos. Así, en tal oportunidad sostuvo el Procurador General en base a lo que dispone de manera explícita el art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos que: a) los fallos de la Corte Interamericana Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos. A ese alcance acotado del valor jurídico de la jurisprudencia internacional, el Procurador agregó un requisito más para la aplicación de esos precedentes en el derecho local: que los fallos de la Corte Interamericana no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno. Por otra parte, sostuvo que “es preciso poner de manifiesto que el derecho argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana más allá de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana”.

Es decir, que únicamente en todos los casos en que los Estados sean parte, están obligados a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana. Ello, así pues, según

⁵⁵ Fallos: 315:1492, (1992).

⁵⁶ Fallos: 318:514, (1995).

⁵⁷ Fallos: 310:1840, (1996).

⁵⁸ “Acosta” Fallos: 321:3555, (1998); “Felicetti” Fallos: 323:4130, (2000) y “Cantos” Fallos: 326:2968, (2003).

⁵⁹ Arancibia Clavel” Fallos: 327:3294, (2004); “Simón” Fallos: 328:2056, (2005); “Casal” Fallos: 328:3399, (2005); “Mazzeo” Fallos: 330:3248, (2007); “Videla” Fallos: 333:1657, (2010), entre otros. A mayor abundamiento, ampliar en MAHIQUES, Ignacio “Acerca de los efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la renovación del análisis a partir del caso ‘Acosta’”, JA, 12-2013-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.5.

lo interpreta el Procurador, el término “decisión” que emplea el mentado art. 68 se refiere al “dispositivo” del fallo y no a los “fundamentos” de la sentencia. De ese modo, y ceñido a los márgenes señalados, el Procurador sostuvo que los jueces locales están obligados a tener en consideración la jurisprudencia de los organismos internacionales, pero no más. “Esto incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad en el caso concreto, de expresarla y discutirla razonablemente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se sigue en el caso particular”⁶⁰.

Por su parte, la mayoría del Tribunal en su pronunciamiento⁶¹, dejó en claro que no compartía la opinión del Procurador General en relación al valor limitado que le había asignado en su dictamen a la jurisprudencia de la CIDH, lo que debe ser interpretado como una ratificación de los criterios de “Simón” y “Mazzeo” ya citados. No obstante ello, el Alto Tribunal contradictoriamente, en la práctica se apartó de los criterios que había establecido la CIDH y de los principios deducidos de los informes de la Comisión IDH referidos al caso “Bayarri”⁶².

La CIDH a partir de los casos “Barrios Altos vs Perú”⁶³, “Tribunal Constitucional vs. Perú”⁶⁴ y “La Cantuta”⁶⁵, entre otros señaló el efecto erga omnes de sus fallos no sólo para el asunto concreto, sino para todo el derecho interno de un país, aun fuera del caso juzgado⁶⁶. Sostuvo que el carácter vinculante de sus fallos no se agota en su parte resolutive, que vale para el caso particular, sino que se extiende a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

Ahora bien, profundizando el análisis un poco más, cabe preguntarse si los fallos de la CIDH originan una especie de doctrina legal para todos los casos similares, aún en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto. Tal respuesta emerge de un reciente decisorio del Tribunal, recaído en el caso “Gelman vs. Uruguay - Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”⁶⁷, donde sostuvo en forma contundente que “[...] es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo

⁶⁰ Ver *in extenso* GELLI, María Angélica, “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”, *La Ley*, 30/08/2012.

⁶¹ CSJN, “Acosta”, Fallos: 335:533, (2012).

⁶² CIDH, “Bayarri vs. Argentina” del 30/10/2008.

⁶³ Sentencia del 14/03/2001.

⁶⁴ Sentencia del 31/01/2001.

⁶⁵ Sentencia del 29/11/06.

⁶⁶ Conf. HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad—El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, diario *La Ley* del 27/05/2013.

⁶⁷ Sentencia del 20/03/2013.

anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana... le obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia [...]". "[...] Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el sólo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana [...]"

En conclusión, en base a lo referido, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: uno de vinculación directa y obligatoria para el país condenado (arts. 62 y 68, CADH) y otra de vinculación relativa —*erga omnes*— para todos los miembros del modelo que no participaron del proceso. Por lo tanto, la doctrina legal o judicial de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas, observándose de este modo una argamasa entre la norma y la interpretación de la misma (jurisprudencia internacional)⁶⁸.

Con el caso "Fontevecchia"⁶⁹ se reflató la discusión sobre el alcance en el derecho interno de los fallos de la CIDH. En septiembre de 2001 la Corte argentina había confirmado la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por el ex presidente Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil SA, Jorge Fontevecchia y Héctor D Ámico.

El Tribunal entendió que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la existencia presunta de un hijo no reconocido por Menem había lesionado en forma ilegítima su derecho a la intimidad, y confirmó la condena pecuniaria dispuesta por la Cámara, pero reduciendo los montos. Estando firme el pronunciamiento, los accionados sometieron el caso al sistema interamericano de protección de derechos humanos, en el entendimiento que con tal decisorio se había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13, CADH).

La Corte interamericana, después de 10 años, declaró que el Estado argentino había violado tales derechos, declarando que la sentencia del tribunal regional constituía per se una forma de reparación, pero además dispuso que el Estado argentino debía dejar sin efecto la condena civil impuesta; así como todas sus consecuencias. También ordenó la publicación de la sentencia y la entrega de las sumas de dinero reconocidas en el fallo (las que tuvieron que pagar los demandados a Menem) y las correspondientes a la reparación internacional reconocida. Como consecuencia de ello, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, envió un oficio a la Corte argentina a fin de cumplimentar con lo atinente a la condena civil que se dejaba sin efecto. La Corte, por mayoría, resolvió que no correspondía hacer lugar a lo solicitado.

El voto mayoritario entendió en líneas generales que la obligatoriedad de cumplimiento de los fallos de la CIDH alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro de sus potestades remediales y que la Corte Interamericana no constituye una cuarta instancia de revisión en sede internacional de lo que resuelve la Corte Suprema. Entendió además que se violentaban los principios fundamentales del Derecho Público argentino, entre los que se encuentra el carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial a la corte federal.

Por su parte, el voto del doctor Rossatti puso énfasis en el art. 27 de la CN, que a su entender configura el marco al que deben ajustarse tanto los tratados internacionales como la interpretación que de ellos se realice por cuanto dicho artículo instituye una esfera de reserva soberana delimitada por los principios de Derecho

⁶⁸ Conf. HITTERS, Juan Carlos, ob. cit.

⁶⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 17 de febrero de 2017.

Público establecidos por la CN; llamada “margen de apreciación nacional”⁷⁰. Finalmente, el doctor Maqueda, propugnó el cumplimiento liso y llano de lo decidido por el tribunal internacional.

3. El “control de convencionalidad”

Se ha concebido el control de convencionalidad como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, y dentro de éste, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Específicamente entre nosotros, ha cobrado especial importancia la Convención Americana de Derechos Humanos y como se hizo referencia anteriormente, los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este órgano jurisdiccional ha sostenido reiteradas veces que todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer “*ex officio*” un “*control de convencionalidad*” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁷¹. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, profundizando la línea jurisprudencial trazada a partir de los casos “Mazzeo”⁷², “Simon”⁷³ y “Videla”⁷⁴ admitió al resolver la causa: “Rodríguez Pereyra”⁷⁵, que los jueces deben efectuar un control de convencionalidad y de constitucionalidad de oficio.

En el caso, un conscripto había reclamado una indemnización con sustento en los artículos 1109 y 1113 del viejo Código Civil, contra el Estado Nacional por las lesiones que sufrió mientras cumplía con el servicio militar obligatorio. La ley 19.101 de personal militar (artículo 76, inc. 3, apartado c, texto según ley 22.511) fija un tope máximo a este tipo de indemnizaciones, y excluye por lo tanto las reglas generales establecidas en el Código Civil para determinar los rubros indemnizatorios. Al examinar el planteo, la Corte Suprema advirtió que la aplicación del referido régimen especial otorgaba al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al que habría sido admitido sobre la base de los parámetros establecidos en el Código Civil. Sin embargo, en el caso, dicho sistema no había sido impugnado constitucionalmente, lo que impedía prescindir de su texto para resolverlo. Frente a esta evidencia, el Tribunal determinó que, dentro del marco constitucional vigente, se en-

cuentra habilitado para declarar de oficio —es decir, sin que la parte interesada lo haya solicitado— la inconstitucionalidad del artículo en cuestión.

Para resolver de ese modo, la mayoría compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, a la que se suma el voto concurrente del Dr. Fayt, recordó el deber de los magistrados de efectuar el examen de constitucionalidad de las normas en la medida en que ese mecanismo constituye una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos reconocidos en la Constitución contra los posibles abusos de los poderes públicos, según la clásica expresión de la Corte formulada en 1888⁷⁶.

Seguidamente, recordó que a partir de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido la más alta jerarquía constitucional en la Argentina. En ese marco, agregó que, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los órganos del Poder Judicial deben descalificar de oficio las normas internas de cada país que se opongan a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, igualmente deben descalificarse de oficio las normas que se oponen a la Constitución Nacional.

Expresamente sostuvo que “[...] 12) [...] los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. 13) [...] Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación. En este sentido, se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sus-

⁷⁰ Art. 27, CN: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén de conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁷¹ Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”; “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”; “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”; “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”; “Furlán y Familiares vs. Argentina”, entre muchos otros.

⁷² CSJN, Fallos: 330:3248 (2007).

⁷³ CSJN, Fallos: 328:2056 (2005).

⁷⁴ CSJN, “Videla”, Fallos: 333:1657 (2010).

⁷⁵ CSJN, Fallos: 335:2333 (2012).

⁷⁶ Fallos: 33:162.

tento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera. Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control [...]".

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba también ha efectuado el llamado "control de convencionalidad" en numerosos casos⁷⁷.

⁷⁷ En tal sentido, por ejemplo, en la causa "Ardanáz, Gabriela Irene c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación" (Expte Letra "A", N° 07, con fecha 05/06/2007) que trataba sobre la aplicación de una sanción de cesantía aplicada a un agente público y en el que se discutía si se había o no resguardado la aplicación del principio del debido proceso adjetivo en los términos del artículo 23, inc. 13 de la Constitución Provincial, se resolvió —con cita de jurisprudencia de la Corte Interamericana— dejar sin efecto la sanción dispuesta por la administración en el caso en concreto. En efecto, este precedente, luego de señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente ha decidido que las garantías judiciales del artículo 8° de la Convención no se limitan a los recursos judiciales, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales (Caso "Ivcher Bronstein" del 06/02/2001), recordó que el contenido esencial de las denominadas garantías judiciales ha sido expresamente extendido por esa Corte de Derechos Humanos al procedimiento administrativo en el caso "Baena, Ricardo y Otros (270 Trabajadores vs. Panamá)" de fecha 02/02/2001, al señalar que "[...] Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...]". En el caso "Iglesias, Martín y otros c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones y Retiros de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso Directo" (Expte. Letra "I", N° 5, con fecha 17/03/2009, referido a una cuestión previsional, el Máximo Tribunal cordobés al turno de actualizar los principios sobre los que se asienta su doctrina sobre los presupuestos de la validez constitucional del poder de policía de la emergencia económico financiera, justificó el control de convencionalidad con sustento en la jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y de la doctrina elaborada por los órganos internacionales permanentes, de aplicación de dichos tratados, más en temas de tan honda sensibilidad humana como es lo referido a la situación jurídica de quienes se hallan en la ancianidad. Al respecto recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso "Almonacid Arellano y Otros vs. Chile", sentencia de 26/09/2006, declaró que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. Asimismo, señaló que el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...] (en análogo sentido Caso La Cantuta Vs. Perú, párrafo 173, Sent. del 29/11/2006; Caso Boyce y otros Vs. Barbados, párrafo 78, Sent. del 20/11/2007). Recordó, además que, más recientemente, en el Caso "Heliodoro Portugal vs. Panamá", sentencia del 12/08/2008, la C.I.D.H. ha enfatizado que "[...] la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor

Sin duda, con la internacionalización de los derechos humanos queda claro que ninguna norma de derecho interno que de algún modo afecte los derechos humanos podrá resistir un control de convencionalidad y constitucionalidad. Esto surge expresamente del fallo comentado, que implica una clara evolución sobre el tema del control de constitucionalidad de oficio por parte del Alto Tribunal, desde una postura negatoria con el precedente "SA Ganadera Los Lagos vs. Nación Argentina"⁷⁸, hasta una paulatina apertura con los casos "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario"⁷⁹, "Mill de Pereyra"⁸⁰, afianzada con "Banco Comercial de Finanzas"⁸¹ y "Simón"⁸² entre otros, para culminar con el decisivo comentado.

4. Las fuentes del Derecho Administrativo en particular

El término "fuente del derecho" alude a todo lo que contribuye o ha contribuido a crear el conjunto de reglas jurídicas aplicables dentro de un Estado en un momento dado. A continuación, luego de haber dado un panorama del nuevo paradigma del derecho argentino tras la Reforma Constitucional de 1994, nos ocuparemos de las fuentes del Derecho Administrativo en particular, es decir todos aquellos instrumentos que crean y forman el ordenamiento jurídico administrativo.

Todo nuestro Derecho Administrativo se estructura sobre la base de la *Constitución Nacional* que estatuye el conjunto de principios y normas superiores del ordenamiento positivo que se impone a todos los actos que dicta la Administración Pública. La Constitución es una fuente de extraordinaria importancia ya que regula la estructura y el ejercicio de la función administrativa. A su vez, define el modelo administrativo estatal, confiriendo personalidad jurídica al Estado, que actúa por medio de sus órganos (ejecutivo, legislativo y judicial), titularizando el poder público (competencias y prerrogativas administrativas) y reconociendo como contrapartida derechos subjetivos públicos a los administrados⁸³. Además, formando parte de la Constitución material, desde 1994 se han incorporado los *Tratados de Derechos Humanos* que el constituyente les reconoció jerarquía constitucional, y los que demás se incorporasen con dicho status mediante declaración del Congre-

de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos [...]

⁷⁸ Fallos: 190:142, (1941).

⁷⁹ Fallos: 306:303, (1984).

⁸⁰ Fallos: 324:3219, (2001).

⁸¹ Fallos: 327:3117, (2004).

⁸² Fallos: 328:2056, (2005).

⁸³ Conf. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 283.

so con el voto de los 2/3 de cada Cámara (art. 75, inc. 22, CN). Ubicamos también, en un escalón inferior a los demás *Tratados en general, los Tratados de Integración y normas de Derecho Comunitario* que gozan de jerarquía superior a las leyes (art. 75, incs. 22 y 24, CN).

Las leyes en nuestro sistema jurídico se clasifican en: *leyes nacionales*, dictadas por el Congreso Nacional y que abarcan: las *leyes nacionales comunes* (art. 75, inc. 12, CN) cuya aplicación se encuentra a cargo de los jueces locales, nacionales y federales; las *leyes federales* que son aquellas que regulan todas las materias que las provincias delegaron en el Estado Nacional y también, las que se refieren a la organización y funcionamiento de los distintos poderes del Estado Nacional, cuya aplicación corresponde a los jueces federales; y *leyes nacionales locales*, que rigen sólo en el ámbito de la Capital Federal y las que se dictan para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República (art. 75, inc. 30, CN).

Tampoco podemos dejar de mencionar en esta oportunidad la legislación que por delegación puede dictar el Poder Ejecutivo (*reglamentos delegados*) de conformidad a las condiciones establecidas en el art. 76 de la CN y de la ley 26.122 y los llamados *decretos o reglamentos de necesidad y urgencia* que con carácter excepcional puede dictar también el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 3, CN y ley 26.122).

También la Constitución incluye el mecanismo de las *leyes convenio* entre la Nación y las provincias para hacer factible la coparticipación (art. 75, inc. 2, CN). Además, las provincias a través de sus respectivas legislaturas dictan *leyes provinciales*, sobre las materias que les atribuyen sus propias constituciones y cuya aplicación corresponde a los jueces provinciales, como también hace lo propio la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 129, CN y 80, 81 y 82 de la Constitución de la Ciudad).

Las *Constituciones Provinciales* constituyen también por cierto una importante fuente del Derecho Administrativo local, ya que sus disposiciones se refieren a la organización administrativa y actividades a desarrollar por la Administración y establecen su régimen municipal. Recordemos que la Constitución Nacional dispone en su art. 123 que las provincias deben asegurar la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo y económico financiero.

También forman parte del ordenamiento jurídico administrativo los demás reglamentos administrativos que dicta la Administración, como los *reglamentos de ejecución de las leyes y los reglamentos autónomos o de organización*; las *instrucciones y circulares*, que constituyen directivas que emiten los órganos superiores para dirigir la actividad de los inferiores; los *dictámenes* que constituyen consejos o pareceres que emiten los órganos consultivos dirigidos a quien tiene que resolver o decidir una cuestión, debiendo destacarse la colección de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. También, las diversas *cláusulas de un*

contrato administrativo son ley para las partes y, por ende, son fuentes del derecho administrativo. Finalmente, podemos mencionar los *principios generales del derecho, la jurisprudencia y los precedentes administrativos*, entendidos estos últimos como la reiteración en el tiempo de una determinada conducta por parte de la administración, ya sea al resolver una cuestión o en un aspecto procedimental.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD REGLAMENTARIA

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo estará dedicado al estudio de la potestad reglamentaria a los fines de indagarnos en qué supuestos y bajo qué circunstancias puede la administración pública dictar disposiciones de alcance general y, en su caso, cuáles son los causes de impugnación existentes tanto en sede administrativa como en la órbita judicial.

Valga aclarar, que en nuestra opinión sólo pueden ser considerados reglamentos los denominados “autónomos” o actos administrativos de alcance general que implican el ejercicio de función administrativa ya que los decretos de necesidad y urgencia, los delegados y los de ejecución traen aparejado el desenvolvimiento de atribuciones de tipo legislativo¹.

II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria, puede ser conceptualizada como la posibilidad de regular, limitar y especificar los derechos consagrados en la Carta Magna y los conferidos por las leyes² que tienen las autoridades públicas que ejercen función administrativa, tal como hemos visto en el Capítulo I.

Consiste, básicamente, en el dictado de normas generales y abstractas que van a tener vigencia desde que son publicadas en el boletín oficial, o desde el día en que en

¹ BUTLER, Alfonso, *Derecho administrativo argentino*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 175.

² CASSAGNE, Juan Carlos, “La configuración de la potestad reglamentaria”, *La Ley*, 2004-A-1144.

ellos se determine. En el supuesto en que no designen tiempo, producirán sus efectos desde los ocho días, computados desde el día siguiente al de su publicación en medios oficiales.

La potestad reglamentaria debe ser diferenciada del denominado poder de policía, que consiste en la potestad legislativa de reglamentar los derechos y garantías constitucionalmente consagrados por razones de seguridad, salubridad y de moralidad (noción clásica o europea) o por razones de bienestar general o regulación económica (noción amplia o estadounidense) sin poder alterar, a través del ejercicio del mismo su esencia, conforme lo establece el art. 28 de la CN, tal como lo veremos con mayor precisión en otra parte de esta obra.

Dicha potestad, es de suma relevancia en nuestra organización estatal, dado su fuerte carácter presidencialista, habida cuenta que, debe recordarse, que la Constitución en la versión de 1853/60, buscó otorgar cierta preponderancia al Poder Ejecutivo sobre los demás poderes y, por tal razón, se le atribuyeron amplias facultades reglamentarias, luego convalidadas por la Corte Nacional a través de sus sentencias.

No puede pasarse por alto, que en la actualidad, desde un punto de vista cuantitativo, el reglamento es la fuente más importante del derecho administrativo³, sin embargo, la relevancia numérica de esa fuente de derechos no la exime del respeto a las leyes, a los tratados y la propia Constitución Nacional por la sola aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 31, CN).

III. CLASES DE REGLAMENTOS

En general, los autores, coinciden en enumerar los siguientes tipos de reglamentos: a) Autónomos; b) Delegados; c) De necesidad y urgencia⁴ y d) Ejecutivos. A esta clasificación, BIDART CAMPOS y MANILLI adicionan los reglamentos de promulgación parcial de leyes que son aquellos "que dicta el Presidente en los casos en que veta parcialmente una ley pero promulga las partes no observadas, siempre que estas tengan autonomía normativa y su promulgación no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso"⁵.

³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed. act. reimpr., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 250.

⁴ En adelante DNU.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. - MANILLI, Pablo, "La jerarquía normativa de las distintas clases de Decretos del Poder Ejecutivo" (A propósito de la moderna "Decretocracia" argentina), *La Ley*, 2003-C-1359.

IV. REGLAMENTOS AUTÓNOMOS

Es coincidente la doctrina⁶ en señalar que los reglamentos autónomos se encuentran constituidos por las normas generales que dicta la administración pública sobre aquellas materias que pertenecen su zona de reserva⁷. A través de su dictado, no se aplica una ley sino la propia Constitución de manera directa.

Así, la denominación de autónomo del reglamento deriva de que consiste en el ejercicio de facultades que no dependen de ley alguna sino que son propias del Poder Ejecutivo o de la autoridad que la dicta y que implican el ejercicio de la función administrativa, conforme lo establece la Ley Fundamental⁸ (arts. 66, 113 y 99, inc. 1, CN).

Algunos autores, distinguen entre actos administrativos de alcance general y reglamentos. En tal sentido, CASSAGNE⁹ ha señalado que lo que caracteriza al reglamento—más allá de sus atributos específicos de generalidad, publicidad, etcétera—es su pertenencia al ordenamiento jurídico. Desde esta postura, el reglamento viene a integrar el género de los actos del alcance general pues, no todo acto administrativo de alcance general es un reglamento¹⁰.

A su vez, COMADIRA¹¹, efectúa una distinción entre actos de alcance general normativo y no normativo. Los primeros, según el aludido autor, están dirigidos a sujetos indeterminados, pretenden su inserción en el ordenamiento y tienen vocación de permanencia. Los segundos, en cambio, poseen carácter consuntivo ya que se consumen con su aplicación¹².

⁶ Cfr. CASSAGNE, J., "La configuración...", *La Ley*, 2004-A-1144; BIDART CAMPOS, G. - MANILLI, P., "La jerarquía normativa de las distintas clases de Decretos del Poder Ejecutivo" (A propósito de la moderna "Decretocracia" argentina), *La Ley*, 2003-C-1359. Para MARIENHOFF, son aquellos que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales, el mismo, tiene competencia exclusiva de acuerdo a lo que determine la propia Constitución. (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 260) En contra de la existencia de dichos reglamentos en la CN y en las leyes se ha pronunciado Agustín GORDILLO, aunque luego los admite para regir solo el funcionamiento interno de la administración. (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, VII-61, 5ª ed., reimpr., FDA, Buenos Aires, 2000).

⁷ En doctrina, se encuentra controvertida la existencia de una zona de reserva de la administración pública, esto es, la idea de que existe un ámbito de competencia exclusiva el cual no puede ser invadidos por el resto de los poderes. A favor de su existencia: CASSAGNE, J., "La configuración...", *La Ley*, 2004-A-1144; MARIENHOFF, M., *Tratado...*, t. I, ob. cit., p. 260 y la propia Corte Suprema in re "Pazos" (Fallos, 318:554). En contra: GORDILLO, A., *Tratado...*, ob. cit., t. I, VII-61.

⁸ Cfr. MARIENHOFF, M., *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 261.

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general", *ED*, 131:911.

¹⁰ Cfr. ÁVALOS, Eduardo, en AA. VV. - VÉLEZ FUNES, Ignacio, (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2004, p. 171.

¹¹ COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, (Laura Monti, Colaboradora), *La Ley*, Buenos Aires, 2002, ps. 193-194.

¹² Como ejemplos de este tipo de actos de alcance general pueden enumerarse, el reglamento dictado para un concurso docente, los pliegos licitatorios particulares, etcétera.

En este punto, debe tenerse presente que en el marco del Decreto-ley 19.549¹³ que regula los procedimientos administrativos a nivel nacional, esta última distinción, carece de efectos prácticos¹⁴ habida cuenta que dicho cuerpo legal hace referencia a los actos de alcance general. Esa circunstancia, ha llevado a algunos a sostener que todos los reglamentos y demás actos de alcance general —como los DNU—, se encuentran comprendidos dentro del mentado régimen de impugnación¹⁵.

1. La participación ciudadana en la elaboración de reglamentos

Mediante el Decreto 1172/03¹⁶, en su Anexo V, se regló el modo para la elaboración participativa de normas (EPN) generales en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, instrumentándose, de esa manera, un interesante y necesario mecanismo de participación.

En concreto, la ciudadanía puede participar en la elaboración de reglamentos y proyectos de leyes que se den dentro de dicho ámbito de aplicación, presentando propuestas y opiniones durante el proceso de elaboración normativa que, cabe destacar, carecen de efecto vinculante. Puede participar en ese procedimiento *“toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse”*.

Dicho amplio cauce de participación comienza por decisión de la autoridad pública o por pedido expreso y fundado de alguno de los mentados sujetos. En ambos casos deberá dictarse el acto administrativo pertinente debidamente fundado que disponga el inicio de procedimiento o el rechazo del pedido y se notificará al interesado.

En caso de disponerse el inicio del procedimiento la autoridad responsable debe publicar durante dos días en el Boletín Oficial, y al menos quince en su página de Internet, el contenido del acto de apertura del procedimiento de EPN, invitando a la ciudadanía a expresar sus opiniones y propuestas.

¹³ En adelante LNPA.

¹⁴ Cfr. ÁVALOS, E., ob. cit., t. II, p. 172. También, debe distinguirse entre actos de alcance general y el acto plural o colectivo: éste último se encuentra excluido de los mecanismos de impugnación de los primeros. En tal caso, se trata de un acto administrativo particular que proyecta sus efectos sobre varios sujetos. Como ejemplo de acto plural puede invocarse el supuesto de una resolución por cuyo conducto se sanciona a varios empleados o administrados (Cfr. SAMMARTINO, Patricio M. E., *Principios Constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, 1ª ed., Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 197).

¹⁵ Cfr. CASSAGNE, J., “Sobre la impugnación de reglamentos...”, *ED*, 131:911.

¹⁶ B.O. 04/12/2003.

A partir de ello debe habilitarse un registro para la incorporación de opiniones y propuestas que siempre es libre y gratuita, debiendo entregarse un certificado de recepción de las opiniones y/o propuestas y de la documentación acompañada.

Es facultad de la autoridad de aplicación encargar la realización de estudios especiales o rondas de consultas, relacionados con la norma motivo del procedimiento de EPN, tendientes a generar información útil para la toma de decisión.

Finalizada esa etapa debe elaborarse la norma y publicarse en el Boletín Oficial por el plazo de un día e incorporarse a la página web de la autoridad responsable.

2. Mecanismos de impugnación. Plazos

En el marco de la LNPA, los actos de alcance general o reglamentos autónomos pueden ser impugnados a través de las siguientes maneras: a) Directa: Reclamo administrativo impropio (RAI); b) Indirecta: recursos administrativos. En este trabajo, añadiremos una tercera posibilidad que puede ser catalogada como “excepcional” y que se concreta a través de la interposición de la acción de amparo receptada en el art. 43 de la Ley Fundamental.

Ahora bien, como lo analizaremos a continuación, la práctica judicial evidencia que los administrados utilizan en escasas ocasiones el RAI a la hora de cuestionar actos de alcance general ya que, comúnmente, acuden a la acción de amparo o bien aguardan su aplicación a través de un acto particular e impugnan luego el mismo a través de la vía recursiva.

Resulta importante señalar, que la petición del administrado frente al acto de alcance general o individual que lo aplica, debe tener por objeto lograr la derogación o modificación parcial de aquél y no la exclusión individual de su contenido. Pues, la petición del administrado no puede consistir en que se lo exima del cumplimiento del reglamento, en virtud de la vigencia del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. A causa de este principio, ningún órgano administrativo puede validamente violar sus propias reglamentaciones y por ello, el administrado, no puede quedar excluido —mediante un acto administrativo individual— de la aplicación de un reglamento dado que la administración se encuentra vinculada por la juridicidad. Es que como lo recuerda GORDILLO, “siempre debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior”¹⁷.

¹⁷ GORDILLO, A., Tratado..., ob. cit., t. I, VII-42.

a) *Directa: Reclamo administrativo impropio*

Como lo sugiere el título, los actos administrativos de alcance general o reglamentos autónomos, pueden impugnarse de manera directa en sede administrativa, a través de la interposición de un reclamo administrativo impropio ante la misma autoridad de la que emana el acto¹⁸, conforme lo establece el art. 24, inc. a de la LNPA.

Estamos en presencia de una vía facultativa, ya que, si el administrado no ataca directamente el acto de alcance general puede impugnar, *a posteriori*, el acto individual que hace aplicación del reglamento¹⁹.

En cuanto a la legitimación para interponer dicho remedio, se requiere la afectación cierta e inminente de derechos subjetivos²⁰ de intereses legítimos²¹ o derechos de incidencia colectiva²², sea derechos individuales homogéneos o intereses difusos referidos a bienes colectivos en los términos de lo resuelto por la Corte Nacional en "Halabi"²³; cuestiones sobre las que volveremos en otra parte de esta obra.

Debe destacarse, que la LNPA no establece plazo para la interposición del RAI y, por ello, el particular puede hacerlo en cualquier momento siempre y cuando respete el plazo de prescripción que resulte aplicable al caso.

Una vez interpuesto pueden darse, al menos, tres alternativas posibles: 1) Que el mismo sea acogido favorablemente; 2) Que el planteo sea rechazado expresamente y 3) Que la autoridad no resuelva el reclamo.

En el primer supuesto, es decir, si la administración resuelve favorablemente el reclamo, dejando sin efecto el reglamento, ya sea derogándolo o modificándolo parcialmente, no será necesario promover ninguna acción judicial pues, la pretensión del administrado ha sido considerada en sede administrativa.

¹⁸ DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 224.

¹⁹ HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Ley 19.549, 4ª edición act. y ampl., 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 158/159.

²⁰ HUTCHINSON, Tomás, *Régimen...*, ob. cit., p. 159; DIEZ, M., *Derecho...*, ob. cit., p. 222.

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos, "El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general", en *Derecho procesal Administrativo. Obra conjunta. Homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 993; SAMMARTINO, P., *Principios Constitucionales...*, ob. cit., ps. 202-203; ÁVALOS, E., ob. cit., t. II, p. 173. Según este autor, ello encuentra su fundamento en la inteligencia del art. 83 y 3 del Reglamento de la LNPA. El primer precepto autoriza a las partes en el procedimiento administrativo incoado a solicitar la derogación del acto de alcance general y el segundo, otorga carácter de parte en el procedimiento administrativo, tanto al que invoca un derecho subjetivo como al que invoca un interés legítimo.

²² CASSAGNE, J., "El control jurisdiccional...", ob. cit., p. 993.

²³ Fallos, 332:111, "Halabi" (2009).

En segundo lugar, si el reclamo es denegado expresamente, el administrado se verá obligado a promover demanda ante el juez competente dentro del plazo de caducidad de noventa días hábiles judiciales, contados desde la notificación de la denegatoria del RAI. (art. 25, inc. b, LNPA). Debe tenerse en cuenta que el acto que resuelve el RAI es irrecurrible en sede administrativa, conforme lo prevé el art. 73 del Reglamento de la LNPA.

En tercer término, si no existiere pronunciamiento de la autoridad sobre el RAI interpuesto, debemos interrogarnos si existe un plazo para que la autoridad lo resuelva. Sobre tal punto, la doctrina ha planteado diferentes posturas. Para algunos, no existe normado un plazo para ello²⁴, aunque para otros la administración tiene sesenta días para resolver el reclamo por aplicación del art. 10 de la LNPA y en caso de silencio, el interesado debe interponer pronto despacho y transcurridos treinta días mas si que exista resolución, se configura la denegatoria tacita²⁵. Por su parte, Cassagne propugna aplicar el plazo genérico de diez días establecido por el art. 1º, ap., e) de la LNPA o el establecido para el silencio en el art. 10 de la misma ley²⁶.

(i) Excepciones a la necesidad de interponer RAI

Si bien la normativa federal es clara al exigir la previa interposición del RAI, a los fines de poder revisar judicialmente el contenido del reglamento, existen supuestos en donde la doctrina o la jurisprudencia ha considerado que ello resulta innecesario. Entre tales causales pueden enumerarse las siguientes:

Ritualismo inútil. Según el art. 32, inc. e de la LNPA quedaban exceptuados de interponer el reclamo administrativo previo a promover la demanda judicial los casos en que "*Mediara una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil*".

A partir de ello, sostuvo en la causa "Caplan"²⁷ que "*la exigencia de la previa interposición de un reclamo administrativo impropio en los términos del art. 24, inc. a de la ley 19.549, no sería imprescindible cuando ello importe un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el art. 18 del Constitución Nacional*".

²⁴ SAMMARTINO, P., *Principios Constitucionales...*, ob. cit., p. 203.

²⁵ ÁVALOS, E., ob. cit., t. II, p. 173.

²⁶ CASSAGNE, J., "El control jurisdiccional...", ob. cit. p. 995.

²⁷ C.N.C.A.F., Sala IV, 10/12/96, "Caplan".

A pesar de que esa figura fue dejada sin efecto por la Ley 25.344²⁸, los tribunales no han vacilado en sostener su vigencia y en continuar aplicándola.

Planteo de inconstitucionalidad. La impugnación con base constitucional o el planteo de inconstitucionalidad del reglamento o de la ley que le da base, exime al recurrente de interponer el RAI atento a que, la autoridad administrativa carece de la potestad de declarar inconstitucional una norma habida cuenta que esa facultad le corresponde únicamente al Poder Judicial²⁹.

b) Indirecta: Recurso administrativo

El art. 24 de la LNPA señala que “El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial: [...] b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas”.

Como surge del precepto legal transcrito, el mecanismo indirecto de impugnación se efectiviza a través de la interposición de los recursos administrativos pertinentes contra el acto de aplicación del reglamento, conforme el art. 73 del Reglamento de la LNPA. La denominación de indirecta, se deriva, entonces, de la circunstancia de que la impugnación sea realizada contra el acto administrativo por cuyo conducto se aplica el reglamento.

Resulta imperioso, que el derecho que se dice lesionado se derive del acto de alcance general, habida cuenta que lo que se impugna no es la invalidez del acto de aplicación sino el reglamento que le da base, sin perjuicio de que puedan agregarse irregularidades adicionales. Dicha impugnación administrativa puede estar motivada tanto en razones de legitimidad como de oportunidad, mérito o conveniencia, tal como lo establece el último precepto legal citado.

Una vez interpuesto el recurso, deberá seguirse el cauce recursivo que corresponda, conforme la ubicación jerárquica del órgano que lo dictó dentro de la organización administrativa del Estado.

c) Excepcional: Acción de amparo

Siguiendo con el análisis de los diversos medios de impugnación que pueden utilizarse, ingresamos al estudio del papel que puede desempeñar la acción de amparo constitucional a la hora de cuestionar un reglamento autónomo. Así, tra-

²⁸ B.O., 21/11/2000.

²⁹ Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, en XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo y el VII Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2013, p. 79.

tándose de un acto de autoridad pública aquellos pueden impugnarse por este cauce excepcional, siempre que se verifiquen los requisitos estipulados para ello tanto en el art. 43 de la C.N. como en ley 16.986.

Resulta importante indicar, que el amparo, no se abre como una posibilidad en igualdad de condiciones al RAI, sino que esta acción expedita y rápida, requiere el cumplimiento de ciertos recaudos—procesales y sustanciales—que de omitirse obstan su procedencia. En tal orden, por ejemplo, la nulidad del reglamento debe ser manifiesta u ostensible y afectar derechos constitucionales para que proceda este medio de tutela. En cambio, esa exigencia no resulta precisa para la procedencia del RAI habida cuenta que basta su ilegitimidad.

A los fines del cómputo del plazo para promover la acción de amparo, debe tenerse presente que según el art. 103 del RNPA, los actos administrativos de alcance general producen efectos desde su publicación oficial o desde el día en que en ellos se determine. Reiteramos que si en ellos no se designa tiempo, producirán sus efectos desde los ocho días, computados desde el día siguiente al de su publicación en medios oficiales.

En materia de plazo de caducidad para promover tal acción, cuando se pretenda la impugnación de un acto de alcance general deben observarse los criterios generales. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el art. 2º, inc. e, de la ley 16.986 prescribe la inadmisibilidad de tal medio de tutela cuando “la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”. Este criterio se mantiene a pesar de la incorporación del amparo al texto constitucional (art. 43), tal como lo ha entendido la jurisprudencia³⁰.

3. Efectos de la derogación y de la anulación judicial del reglamento

Primero que todo, debe diferenciarse entre los efectos de su derogación en sede administrativa y los correspondientes a su anulación en sede judicial, es decir, los efectos de una sentencia que anula un reglamento.

a) En sede administrativa

En sede administrativa, los reglamentos pueden ser derogados, de manera total o parcial y reemplazarse por otros. Ello puede obedecer a razones originadas en razones de bien común o en virtud de su ilegitimidad³¹.

³⁰ Fallos, 318:1154 “Video Club Dreams”, (1995); C.N. Civil, 03/09/99, “Capizzano de Galdi, Concepción c. IOS”, La Ley, 1999-E-401.

³¹ CASSAGNE, J., “Sobre la impugnación...”, ED, 131:911.

Dicha atribución, puede efectuarse de oficio por la autoridad administrativa que dictó el reglamento, ante la petición efectuada por la parte interesada mediante un reclamo y mediante los recursos administrativos en los casos en que sea procedente.

En todos los supuestos, en virtud de la manda contenida en los arts. 14 y 17 de la CN deben respetarse los derechos adquiridos nacidos al amparo del reglamento que se deja sin efecto.

En esa línea, el RNPA deja a salvo los derechos adquiridos durante la vigencia del reglamento y prevé la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por parte del administrado³².

b) En sede jurisdiccional

La cuestión relativa a los efectos de la anulación judicial de un reglamento, es un tema muy controvertido que ha despertado un gran debate en la doctrina³³, e incluso, ha motivado la intervención de la Corte Suprema.

Así, desde el plano doctrinal, HUTCHINSON se ha manifestado a favor de la validez *inter partes* de la anulación de un reglamento pero sostiene que indirectamente se trasladan sus efectos a todos los afectados por la vigencia de la norma, agregando que una vez que el juez ha declarado ilegítimo un reglamento la administración debe derogarlo³⁴. Para LINARES, en cambio, la anulación de reglamento sólo excluye de su aplicación al que lo impugna³⁵, es decir solo tiene efecto entre las partes, como lo sostiene BIANCHI³⁶.

CASSAGNE, por su parte, se ha pronunciado en el sentido de que la derogación del reglamento tiene efecto *erga omnes*³⁷. Otros sostienen que es necesario autorización legislativa al juez para darle efecto expansivo a la sentencia³⁸.

Desde el ámbito jurisprudencial, el Alto Tribunal en el conocido caso "Monges"³⁹ le otorgó efecto *erga omnes* a la sentencia por medio de la cual se decidió anulación de una disposición reglamentaria emanada de la Universidad de Buenos Aires.

³² Art. 83.

³³ Véase: MAIRAL, Héctor, "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", REDA, año 1, septiembre-diciembre 1989, n° 2, ps. 223 y ss.; GARCÍA PULLES, Fernando R., "Efectos de la sentencia anuladora de un reglamento", Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo, La Ley, 14-06-2000; CASSAGNE, Juan Carlos, "Accra de la eficacia erga omnes de las sentencias anuladoras de reglamentos", ED, 185:703.

³⁴ HUTCHINSON, T., Régimen... ob. cit., p. 159.

³⁵ LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, p. 401, citado en SAMMARTINO, P., *Principios Constitucionales...*, ob. cit., p. 202.

³⁶ BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", La Ley, 1995-A-397, esp. p. 413.

³⁷ CASSAGNE, J., "Sobre la impugnación...", ED, 131:911.

³⁸ GALLEGOS FREDIANI, Pablo, "Alcances y límites de los efectos de la nulidad de los reglamentos administrativos", en AA. VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 280.

³⁹ CSJN, 26/12/96, "Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires", JA, 1998-1-348.

Desde nuestra perspectiva, la anulación de un reglamento, sea por su ilegitimidad o inconstitucionalidad solo tiene efectos entre las partes litigantes dado que el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país así lo impone y porque las sentencias no tienen efecto derogatorio como ocurre en muchos modelos de control concentrado.

Sin embargo, algunas regulaciones contemplan esa posibilidad y el legislador se encuentra habilitado para fijar pautas para que en determinados supuestos la sentencia que deja sin efecto un reglamento pueda tener efecto expansivo.

V. DECRETOS DELEGADOS

1. Noción

Tal clase de decretos tiene lugar cuando existe una delegación legislativa por parte del Congreso Nacional de facultades que le son propias. Si bien, su dictado implica el ejercicio de actividad legislativa se diferencia de los DNU ya que en el caso de delegados no es el Poder Ejecutivo quien se arroga funciones del Legislativo sino que el Congreso el que se los delega expresamente⁴⁰.

2. Evolución jurisprudencial

Como muchas otras instituciones del derecho público argentino la delegación legislativa del Congreso Nacional en el Poder Ejecutivo tuvo un origen práctico a través de su implementación y luego reconocimiento jurisprudencial a partir de la decisión de la Corte Suprema Nacional.

Así, en la causa "A.M. Delfino y cia"⁴¹ de 1927 frente a una sanción impuesta por la autoridad portuaria a una empresa naviera sustentada en normativa delegada, el Alto Tribunal señaló que "el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente concedidos" para luego agregar que "Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer una ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido". En base a ello y lo previsto en el por entonces inciso 2° del art. 86 de la CN la Corte convalidó la delegación legislativa cuestionada en el caso.

⁴⁰ BIDART CAMPOS, G. - MANTLI, P., "La jerarquía normativa...", LL, 2003-C-1359.

⁴¹ Fallos, 148:430.

Distinta fue la suerte del decreto delegado cuestionado en los autos "Mouviel"⁴² de 1959, pues allí la Corte extendió que al atacarse en el caso una decisión de naturaleza penal debía respetarse el principio de legalidad (art. 18 CN) y, por ende, consideró que la delegación había sido inválida. En tal orden de ideas sostuvo que *"el legislador no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco puede el Poder Ejecutivo, so pretexto de facultad reglamentaria, sustituirse al legislador y dictar, en rigor, la ley previa que requiere el art. 18 de la Constitución"*.

Por último, en el caso "Cocchia"⁴³ se convalidó la decisión del Poder Ejecutivo instrumentada mediante un decreto por medio del cual se resolvió derogar el convenio colectivo de trabajo vigente para los trabajadores portuarios. En esa oportunidad, la Corte estimó que si bien no existía un marco de delegación expreso la medida cuestionaba encuadraba dentro del marco de un amplio "bloque de legalidad" formado —básicamente— por el Tratado de Asunción y por la ley de Reforma del Estado n° 23.696 y que, por tal motivo, debía considerarse ejercida dentro del marco constitucional.

Cabe destacar que, en ese caso, la Corte entendió que la plataforma normativa de estos decretos era el art. 86, inc. 2 de la CN. Allí señaló que dicha "competencia del Ejecutivo no es autónoma, ni de ejecución adjetiva de la ley, que puede ser de necesaria implementación aunque el legislador no la hubiese previsto. Por el contrario, precisa de la expresa decisión del Congreso, el que quiere [...] que ciertos aspectos de la cuestión tratada en la ley sea regulado por el Poder Ejecutivo".

3. La Reforma Constitucional de 1994

A partir del reconocimiento que estas disposiciones habían tenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, en oportunidad de llevarse a cabo la Reforma de 1994 el Constituyente incluyó la regulación de los decretos delegados en el texto de la Carta Magna.

De este modo, en el art. 76 se prescribió como regla —en consonancia con el art. 99, inciso 3 y con el sistema de división de poderes estatuido— la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.

⁴² Fallos, 237:636, "Mouviel".

⁴³ Fallos, 316:2624, "Cocchia".

Seguidamente, la cláusula constitucional consagró dos excepciones de carácter material: a) los supuestos en que se trate de *determinadas* materias de administración y b) de emergencia pública⁴⁴.

Con relación a la primera fue ardua la discusión acerca de lo que debía considerarse incluido en tal concepto jurídico. Sin embargo, fue el legislador el que vino posteriormente a precisar el alcance de esa disposición. Así, mediante el art. 2° de la Ley 25.148⁴⁵ se especificaron las que se consideran materias determinadas de administración mencionándose entre ellas a las siguientes: a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación y f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

Como puede apreciarse, se trata de una delimitación muy poco precisa que amplía de sobremanera los márgenes para que el Congreso Nacional delegue en el Poder Ejecutivo la regulación de numerosas cuestiones, invirtiendo la regla según la cual la delegación debe ser siempre excepcional, al modificar las reglas de competencia establecidas en la Ley Fundamental, y de interpretación restrictiva.

⁴⁴ La emergencia, naturalmente, implica la sustitución de un estado normal por uno anormal, pero siempre dentro del esquema institucional regido por la Ley Fundamental. Lo característico de la situación de necesidad es que impone o demanda una solución extraordinaria que de no tomarse por la autoridad pública producirá un riesgo o un daño para la comunidad toda. (SAGUÉS, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", LL, 1990-D-1036).

Desde la doctrina, HERNÁNDEZ ha mencionado las siguientes características de la emergencia: 1) Se trata de situaciones excepcionales previsibles o no que afectan el orden constitucional; 2) los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza; 3) para enfrentar esos hechos el derecho crea diversas instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones; 4) estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades de los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente un descaecimiento o restricciones de los derechos y garantías individuales y 4) debe existir un verdadero estado de necesidad (HERNÁNDEZ, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, Univ. Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 7).

⁴⁵ B.O. 24/08/1999.

La segunda excepción material que se estipula en esa disposición está vinculada a la emergencia. Cabe destacar que la CN no regula el asunto, sin perjuicio de lo estipulado en algunos preceptos⁴⁶.

Como se sabe, tal figura alude a situaciones de carácter extraordinario que demandan una solución que de no tomarse por la autoridad pública producirá un riesgo o un daño para la comunidad toda⁴⁷.

De ello se deriva que, en tales circunstancias y previa declaración de emergencia, el Poder Legislativo puede delegar en el Poder Ejecutivo la regulación de dicha situación excepcional mediante el dictado tal clase de decretos.

Asimismo, en lo que se refiere a los límites la Corte Suprema ha dejado en claro que no puede haber delegación legislativa en materia tributaria dado que se trata de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso. En virtud de ello consideró que resultaba inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del art. 59 de la ley 25.237, en tanto autorizaba a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución⁴⁸.

En la misma línea, se pronunció en la causa "Camaronera Patagónica S.A."⁴⁹ al señalar lo siguiente: "debe enfatizarse, de manera correlativa, que ese valladar inmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución".

El valladar del principio de legalidad en materia penal también impone la prohibición de delegación legislativa en el ámbito criminal y contravencional.

En tal sentido, ha dicho la Corte Suprema nacional —remiando al dictamen de la Procuración General— que no parece constitucionalmente válido que el Poder Ejecutivo, sin una delegación expresa de la ley, atribuya facultades sancionatorias a un organismo del Estado, toda vez que la imposición de tales medidas requiere la configuración de supuestos previstos, aunque fuere de modo genérico, por el legislador⁵⁰.

⁴⁶ El art. 4° permite acudir a la figura del empréstito público ante a situaciones de urgencia de la Nación. El art. 23 estipula la variante de la declaración de estado de sitio y la consiguiente la suspensión de las garantías individuales frente al supuesto de conmoción interior o ataque exterior.

⁴⁷ SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", LL, 1990-D-1036.

⁴⁸ Fallos, 326: 4251, "Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. dec. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986" (2003).

⁴⁹ CSJN, 15/04/2014, "Camaronera Patagónica S.A. c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo", C. 486. XLIII.

⁵⁰ Fallos, 328: 940, "Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c/ Secretaría de Energía - resol. 79/99 s/ amparo ley 16.986" (2005).

Para su legitimidad el texto constitucional requiere, además de que la delegación verse sobre tales materias, que el Congreso Nacional determine un plazo para el ejercicio de tales facultades excepcionales.

Como puede apreciarse, los decretos delegados tienen cierta vocación de permanencia dado que se otorgan mediante una norma general (ley delegante) pero siempre de manera limitada pues si se admitiera la delegación *sine die* ello equivaldría al traslado competencial que implicaría una violación flagrante al sistema de división de poderes y lo previsto en el art. 29 de la CN.

Por último, la disposición constitucional exige que el Congreso Nacional establezca las bases de delegación. Sobre este punto ha señalado la Corte que la delegación sin bases está prohibida y que cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Pues, según su criterio, "la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente"⁵¹.

A su vez, en el art. 100, inc. 12 se añade como exigencia formal que los decretos así dictados sean refrendados por el Jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

A modo ilustrativo sobre el ejercicio de la delegación legislativa luego de su inclusión en el texto constitucional puede traerse a colación la causa "Colegio Público de Abogados de Capital Federal"⁵². En ese caso la entidad profesional actora cuestionaba el Decreto 1204/01 por medio del cual se relevaba a los abogados del Estado de cumplir con la exigencia de inscribirse en la matrícula profesional establecida por la ley 23.187 y pagar el bono fijo allí establecido, pues en su entendimiento mediante el dictado de dicha disposición se habían ejercitado facultades de tipo legislativo.

La Corte consideró que la regulación del ejercicio profesional de la abogacía era una facultad del resorte exclusivo de del Congreso Nacional y, por ende, el Presidente al dictar el decreto en cuestión invadió la esfera legislativa. En virtud de lo expuesto se confirmó la sentencia de la Cámara que había declarado inconstitucional esa norma.

En relación a la temática analizada sostuvo el Alto Tribunal que el art. 76 de la CN establece cuatro requisitos básicos: 1) que se limiten a "materias determina-

⁵¹ Fallos, 331:2406, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal".

⁵² Fallos, 331:2406.

das de administración o emergencia pública"; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio; 3) que se mantengan "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca"; 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación, en los términos indicados por el art. 100, inciso 12.

4. La Ley 26.122⁵³

Mediante este cuerpo normativo se reglamentó la Comisión Bicameral Permanente (CBP) que se menciona en la letra de la CN tanto para los decretos delegados como para los DNU.

En lo que tiene que ver con su integración se prescribe que la misma se compone por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas.

Asimismo, se dispone que dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa el Poder Ejecutivo lo debe someter a consideración de la CBP, quien tiene que expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. Es su obligación expresarse sobre si el decreto cumple con los recaudos formales y materiales establecidos en la CN, especialmente sobre su adecuación a las bases de la delegación y al plazo fijado para su ejercicio.

Es muy importante tener en cuenta que el decreto tiene vigencia desde su publicación en el Boletín Oficial sin que sea necesaria la participación de la CBP.

Para el supuesto en que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido el decreto a la CBP, ésta se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para su presentación.

Luego de producido el dictamen debe elevarse al plenario de cada una de las Cámaras. Estas, en caso de no hacerlo el plazo fijado, se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate. Es importante poner de resalto que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la CN, es decir, que el silencio no tiene valor alguno, con lo cual en caso de que el Congreso no se pronuncie sobre la validez constitucional del decreto el mismo mantiene su vigencia.

⁵³ B.O. 28/07/2006.

5. Impugnación

Al tratarse de facultades legislativas y no de función administrativa, no resulta preciso su cuestionamiento en sede administrativa. Su impugnación puede hacerse directamente en la vía judicial mediante los mecanismos procesales vigentes tales como la acción de inconstitucionalidad, acción de amparo, etc., siempre que concurren los recaudos necesarios para su procedencia.

A favor de la posibilidad de su impugnación en sede administrativa, se ha manifestado Cassagne en tanto, según su opinión, así lo impone el principio de la tutela judicial efectiva⁵⁴.

6. Caducidad de la delegación

En el art. 76 de la CN se establece que "*La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa*". Por otra parte, la Disposición Transitoria Octava se dispone lo siguiente "*La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley*".

El texto constitucional prescribe que el Congreso Nacional debía revisar dentro del plazo de cinco años, esto es antes de 1999, toda la normativa delegada dictada con anterioridad a la Reforma Constitucional y determinar cuál de ellas ratificaba por respetar el contenido del art. 76 de la CN. Ese mandato no se cumplió pues el Poder Legislativo dejó transcurrir el aludido término y unos días antes de que se produjera su vencimiento dictó la ley 25.148 mediante la cual ratificó la reglamentación delegada y prorrogó la revisión de la reglamentación delegada.

Es importante reparar en que la legislación delegada no fue prorrogada en el año 2009 ya que la última fue efectuada por ley 26.135⁵⁵ por tres años, es decir, su vencimiento se produjo en el año 2009 y el Congreso no volvió a prorrogarla.

Resulta interesante indagarse acerca de los alcances de dicha ratificación legislativa de la normativa delegada. La pregunta que debemos hacer es si la ratificación debe ser expresa o basta con que sea genérica.

⁵⁴ CASSAGNE, J., "El control jurisdiccional...", ob. cit., p. 989.

⁵⁵ B.O. 24/08/06.

Sobre este punto se expidió la Corte Suprema nacional en la causa "Camaronera Patagónica S.A."⁵⁶ Para la mayoría⁵⁷ era suficiente con la ratificación genérica. En tal sentido dijo "Si bien la decisión de ratificar en forma general un amplio y variado número de normas que abarcan diversas materias puede ser objetable desde el ángulo de la técnica legislativa, ello no resulta suficiente para privar de validez a la ley 25.645 y aquellas que, con el mismo objetivo, la precedieron o sucedieron. La circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas no invalida a la ratificación, en tanto el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resulta determinable".

En cambio los jueces Petracchi y Argibay se inclinaron por la postura restrictiva al señalar que "debe existir una voluntad legislativa clara y explícita que pueda ser entendida —más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación— como un aval de los contenidos de la norma que se ratifica"⁵⁸.

VI. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA (DNU)

1. Noción

Al igual que los decretos delegados, los DNU son el producto del ejercicio extraordinario de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo pero en este caso; lo hace para solucionar una determinada situación de urgencia⁵⁹.

2. Evolución

Este tipo de normas de carácter general tuvieron, igualmente, un origen jurisprudencial⁶⁰ Si bien, en varios precedentes la Corte Suprema fue admitiendo la validez constitucional, el caso "Peralta"⁶¹ constituye la pieza judicial más renombrada en donde analiza esta temática.

En esa causa se cuestionaba el decreto 36/90 por medio del cual se dispuso el cambio por títulos públicos de los plazos fijos bancarios en dólares estadounidenses.

⁵⁶ CSJN, 15/04/2014, "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo", causa 486. XLIII.

⁵⁷ Integrada por los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda. Zaffaroni adhirió a ese criterio mediante un voto separado.

⁵⁸ Considerando 20, segundo párrafo.

⁵⁹ BIDART CAMPOS, G. - MANLI, P., "La jerarquía normativa...", LL, 2003-C-1359.

⁶⁰ Para ampliar puede verse: ÁVALOS, Eduardo, "Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: desde 1853 hasta nuestros días", *Revista de la Facultad*, Volumen III-1, Universidad Nacional de Córdoba, ps. 147 y ss.

⁶¹ Fallos, 313:1513 (1990).

se. La Corte convalidó esa medida y la práctica de los DNU pero la sujetó a dos condiciones fundamentales. La primera que el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y, segundo, que exista una situación de grave riesgo social, que imponga la imperiosa necesidad de adoptar medidas súbitas como la adoptada en el caso.

3. Reconocimiento constitucional

El constituyente de 1994 incorporó los DNU al plexo constitucional en el art. 99, inc. 3. En esa disposición luego de reiterar la regla contenida en el art. 76 en el sentido de que el "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.", permitió su dictado cuando "circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes".

Asimismo, estableció un límite material al señalar que no podrán dictarse en asuntos penales, tributarios, electorales o de régimen de los partidos políticos y que, los mismos, deben ser decididos en acuerdo general de ministros y ser refrendados, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Este funcionario, a su vez, tiene la obligación de someterlos dentro de los diez días a consideración de la CBP, cuya composición y funcionamiento ya hemos explicado.

Este precepto es completado por las prescripciones de la ley 26.122 cuando señala en el art. 10 que la CBP debe expedirse acerca de la validez o invalidez constitucional del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. En lo demás, se aplica lo que hemos visto para los decretos delegados.

4. Impugnación

En virtud de su naturaleza legislativa, basta su impugnación en sede judicial a través de los mecanismos procesales pertinentes sin que resulte necesario su cuestionamiento en sede administrativa⁶².

En tal sentido se ha dicho desde la jurisprudencia que "la impugnación de esta clase particular de reglamentos —que guardan similitud con las leyes— no requieren agotamiento de la vía administrativa. Por el contrario, al igual que cuando se intenta obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, bas-

⁶² A favor de la posibilidad de impugnar los DNU en sede administrativa se ha manifestado Juan Carlos CASSAGNE ("El control jurisdiccional...", ob. cit., p. 989).

*ta acudir directamente a la instancia judicial" para luego agregar que "las disposiciones contenidas en el art. 24 de la ley de procedimiento administrativos se refieren a las vías de impugnación de los actos que traducen el ejercicio de actividad meramente reglamentaria. Y, por tanto, los mecanismos de impugnación allí previstos no pueden ser considerados para cuestionar los decretos de necesidad y urgencia, que emanan de una facultad conferida constitucionalmente al Poder Ejecutivo, en la reforma de 1994, la que no pudo ser considerada por los autores de la ley 19.549"*⁶³.

VII. REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN

Se denominan reglamentos de ejecución a aquellos que son complementarios y accesorios de las leyes dictadas por el Poder Legislativo, con la finalidad de posibilitar su aplicación⁶⁴. Como es sabido, se trata de una atribución constitucional del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2, CN) por cuyo cauce se hace posible la aplicación o cumplimiento de una ley emanada del Congreso. Esta variante, encuentra su límite en la imposibilidad de alterar el espíritu de la ley a través del ejercicio de tal atribución.

Resulta ilustrativo del ámbito de funcionamiento de este tipo de medidas lo resuelto por la Corte Suprema en la causa "Mate Larenjeira Mendes S.A."⁶⁵. En el caso se cuestionaba la constitucionalidad de un decreto del PEN por medio del cual se prohibió la cosecha de yerba mate durante el año 1966 así como el remoción y transporte que de cualquier partida que no estuviese autorizado por una guía de libre tránsito. La Corte invalidó el aludido decreto dado que entendió que el Presidente había excedido sus facultades al incluir un supuesto no contemplado por la ley.

Ahora bien, cabe indagarse acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de disposiciones. Desde la doctrina se han dado respuestas dispares a este interrogante. Pues, mientras algunos entienden que tiene naturaleza legislativa⁶⁶ otros consideran que se trata de actos administrativo generales.⁶⁷

⁶³ C.N.C.A.F., Sala IV, 09/02/2000, "Fernández, Horacio Ezequiel c/PEN - M°E. Oy S.P. - Dto. 290/95 s/ empleo público".

⁶⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, G., - MANILLI, P., "La jerarquía normativa...", LL, 2003-C-1359.

⁶⁵ Fallos, 269:393 (1967) "Mate Larenjeira Mendes S.A."

⁶⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 152; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., Lecciones de derecho administrativo, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 108.

⁶⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de derecho constitucional argentino, 4ª ed. actualizada, Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 647; BADENI, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, 3ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 645.

La Corte Suprema se inclinó recientemente por la naturaleza legislativa al señalar en la causa "Gianola"⁶⁸ que la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta.

Por tales motivos, la vía impugnatoria que debe utilizarse variará de acuerdo a la naturaleza que se le asigne a los mismos. Es decir, si se considera que se trata de función legislativa deberá utilizarse la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 322 del CPCCN y o de la acción de amparo. Si se entiende, en cambio, que se trata de función administrativa deberá acudir a los mecanismos de impugnación previstos para los reglamentos autónomos.

VIII. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

La Constitución local solo prevé la posibilidad del dictado de reglamentos autónomos (art. 144, inc. 1), de ejecución (art. 144, inc. 2) y de promulgación parcial (arts. 109 y 144, inc. 5). Es decir, que al no existir autorización de la Carta Magna el Gobernador no puede emitir disposiciones de carácter legislativo como los DNU y los decretos delegados.

Además, con relación a estos últimos debe tenerse en cuenta que el art. 13 de la CP dispone que "Ningún magistrado o funcionario público puede delegar sus funciones en otra persona, ni un Poder delegar en otro sus atribuciones constitucionales, salvo en los casos previstos en esta Constitución, y es insanablemente nulo lo que cualquiera de ellos obrase en consecuencia." Como podrá advertirse el contenido de esa cláusula refuerza en la Provincia de Córdoba el principio de división de poderes ya que deja de lado la posibilidad de que el Gobernador pueda emitir disposiciones de carácter legislativo.

En lo que tiene que ver con los reglamentos autónomos, es importante reparar en el dato de que la legislación local no prevé un mecanismo—como vimos que existe a nivel nacional—para impugnar directamente el contenido de este tipo de disposiciones generales, con lo cual las posibilidades de su cuestionamiento se reducen al vía indirecta—esto es, a atacar el acto administrativo que lo aplica mediante los recursos administrativos reglados en la ley 5350, to 10.618 o la acción de amparo en los términos de la ley 4915—. También, cabe tener en cuenta las posibilidades de

⁶⁸ Fallos, 330:2255, "Gianola, Raúl Alberto y otros c/Estado Nacional y otros" (2007).

acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia prevista en el art. 165, inc. a de la Constitución local.

IX. LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y LA PANDEMIA DEL COVID-19

Como se sabe, mediante la Ley de declaración de emergencia n° 27.541⁶⁹ se dispuso: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020”.

Allí se reguló expresamente la emergencia sanitaria pero referida a otras cuestiones⁷⁰, sin incluir lo respectivo a la pandemia generada por el COVID 19, dado que a la fecha de la sanción de ese cuerpo legal ello no aparecía como un problema para la República Argentina.

Asimismo, se establecieron en el art. 2° las bases de la delegación a los fines del dictado por parte del Presidente de la Nación de los decretos delegados⁷¹, conforme lo autoriza el art. 76 de la CN.

⁶⁹ BO 23/12/2019.

⁷⁰ El art. 64 de la ley 27541 dice “En el marco de la emergencia sanitaria declarada en el artículo 1° de la presente ley, manténgase la prioridad prevista para los Programas del Ministerio de Salud establecidos por el artículo 1° del decreto 450 del 7 de marzo de 2002, sustituido por el decreto 1.053 del 19 de junio de 2002 o los que los reemplacen para el Ejercicio 2020: Programa 17-Subprograma 1- Plan Nacional a favor de la Madre y el Niño, en la parte correspondiente al inciso 5- Transferencias y los Programas 22- Lucha contra el VIH; 24- Detección y Tratamiento de Enfermedades Crónicas No Transmisibles y Conductas Adictivas y 30- Emergencias Sanitarias, en las mismas condiciones y con los mismos alcances, y asígnase prioridad al Programa 20- Prevención y Control de Enfermedades Inmuno prevenibles, Programa 29- Cobertura Universal de Salud - Medicamentos, Programa 45- Prevención y Control de Enfermedades Crónicas No Transmisibles, o los que los reemplacen, en lo que corresponde al inciso 2- Bienes de Consumo.”

⁷¹ Dicha norma dispone lo siguiente: “Establécense las siguientes bases de delegación: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos; b) Regular la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos; c) Promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas; d) Crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal; e) Fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos; f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las presta-

Posteriormente, ante la situación de pandemia global y el silencio del Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 260/20⁷² mediante el cual dispuso lo siguiente: “Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”.

Como puede apreciarse, a través del mencionado decreto se amplió la emergencia que, como vimos, había sido declarada por el Congreso mediante la Ley 27.541.

Es importante destacar que, en los considerandos del decreto, se justifica el dictado de ese instrumento normativo en la circunstancia siguiente: “Que la evolución de la situación epidemiológica exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes”.

A partir de ello, el DNU 260/20 se aparta de las previsiones de la Constitución Nacional, lo que lo convierte en inválido. Es que como ha dicho PÉREZ HUALDE el decreto de necesidad y urgencia que no cumple con lo que establece el art. 99, inc. 3 se encuentra fuera de la Carta Magna.⁷³

Como vimos, mediante el DNU 260/20 se amplió la emergencia declarada mediante la Ley 27541. De ese modo, la lógica constitucional indica que la declaración de emergencia tiene como posibilidad del dictado de decretos delegados por parte del Poder Ejecutivo, conforme lo autoriza el art. 76 de la CN.

En virtud de ello, aparece como una manifiesta contradicción que se declare la emergencia mediante un decreto de necesidad y urgencia y que luego, el Poder Ejecutivo gobierne la emergencia mediante decretos de necesidad y urgencia, como ha ocurrido en el caso de la emergencia sanitaria. Máxime cuando el Congreso Nacional se encuentra en funciones.

Pues, si el Poder Ejecutivo Nacional considera que la declaración de emergencia es materia legislativa no debe dictar un decreto de necesidad y urgencia. Pero si decide reconocerlo como lo hizo mediante el dictado del DNU 260/20, el gobierno de la emergencia debe hacerse mediante decretos delegados, lo que no ha tenido lugar en el caso dado que ha seguido dictando decretos de necesidad y urgencia (DNU 297, 332, 351⁷⁴, entre muchos otros).

ciones médicas esenciales; g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales”.

⁷² BO 12/03/20.

⁷³ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La declaración legislativa de ‘nulidad absoluta e insanable’ del DNU y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, La Ley, Sup. Adm., 2010 (agosto), p. 161.

⁷⁴ Un interesante análisis sobre ese decreto puede verse en: CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La ley de abastecimiento y su aplicación descentralizada”, Rubinzal - Culzoni online, disponible desde www.rubinzalonline.com.ar

CAPÍTULO IV LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL

El Estado se manifiesta como una unidad indivisible de personas que persiguen un fin común: el bienestar general. Esta unidad es continua y se mantiene a través del tiempo, independientemente de sus miembros pasajeros. Es así que las leyes, los reglamentos, los actos, los contratos, los tratados etc. sobreviven a la generación de individuos en cuyo tiempo nacieron. El Estado es reconocido como persona jurídica, es decir como un centro de imputación de derechos y obligaciones y tiene una única personalidad, siempre pública, aun cuando actúe en un doble campo, público y privado. Actualmente, ya se ha abandonado la llamada “teoría de la doble personalidad del Estado”.

La función concreta de la Administración Pública se realiza mediante órganos administrativos y se manifiesta a través de personas físicas que son titulares de los órganos. Tenemos entonces un *órgano institución* que representa la competencia que tiene el órgano y el *órgano individuo* que es la persona física que realiza la actividad que compete al órgano. El titular del órgano (o sea el órgano individuo) cuando actúa como tal expresa la voluntad del órgano institución. De allí que los actos que realiza se imputen a la persona jurídica a la que pertenece ese órgano. El órgano individuo para poder actuar tiene que ser *capaz*. El órgano institución tiene que ser *competente*, es decir debe tener la posibilidad legal de actuar en el caso concreto.

La imputación al ente administrativo de los actos de sus agentes tiene lugar toda vez que lo hagan en ejercicio de la función, con o sin competencia, se trate incluso de actos legítimos o ilegítimos. Los actos que se le atribuyen al Estado son los que realizan los órganos individuos que expresan su voluntad como voluntad estatal. De ahí es que deriva entonces la responsabilidad del Estado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la teoría del órgano a partir del caso “Vadell”¹, oportuni-

¹ Fallos: 306:2030 (1984).

dad en la que sostuvo que “la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

Los distintos órganos se relacionan entre sí (relaciones interorgánicas) y el conjunto de relaciones forman la llamada organización administrativa, que se puede ver graficada en distintos organigramas. La organización administrativa se relaciona con el conjunto de reglas jurídicas que determinan la competencia de los entes y órganos que ejercen función administrativa, sus relaciones jerárquicas, su situación jurídica, y cómo se debe controlar la acción y coordinarse la actividad de los distintos órganos en el interés de la unidad del Estado. La organización requiere la existencia de atribuciones y competencias distribuidas entre los distintos órganos, la responsabilidad que comporta su ejercicio, preparación e idoneidad de los funcionarios, capacidad de mando y adaptación para el trabajo en equipo.

La actividad interorgánica vincula a dos o más órganos de una misma persona pública (por ejemplo, un ministerio con otro, o una Dirección con la Asesoría Letrada) y da lugar a actos internos de la Administración (v.g.: propuestas, circulares, instrucciones, dictámenes, informes, etc.). Las relaciones jurídicas interadministrativas vinculan a dos o más personas jurídicas públicas estatales o no estatales (Nación, Provincia, Municipios, entidades autárquicas, colegios profesionales, etcétera). Las relaciones jurídicas interadministrativas se traducen en actividad externa, con forma jurídica de actos administrativos o contratos interadministrativos.

1. Los elementos de la organización administrativa

a) Competencia

Consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente y constituye uno de los requisitos esenciales de validez del acto administrativo (arts. 3º, 7º y 14, LNPA; art. 3º, Ley de Procedimiento Administrativo de Córdoba, con las modificaciones introducidas por la ley 10.618 (B.O., 27/03/19). Es la atribución legal para actuar en el caso concreto. Es *irrenunciable*, ya que su ejercicio constituye una obligación del órgano correspondiente; es *improrrogable* puesto que no puede ser pactada, convenida o extendida por acuerdo entre los administrados o entre éstos y la Administración; es de *orden público*, por lo que puede ser declarada de oficio, es *obligatoria* y debe ser *expresa*, aun cuando se reconozcan, a partir de facultades expresas, potestades implícitas necesarias para el ejercicio de aquéllas, de acuerdo con el marco normativo y según las circunstancias del caso².

² Conf. BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 570.

No obstante, ello, en términos generales podemos aseverar que la Administración sólo puede hacer todo aquello que le está autorizado por la Constitución, las leyes y los reglamentos, a diferencia de los individuos, que en función del art. 19 de la CN, pueden realizar todos los actos que no estuvieran prohibidos. El Estado no puede hacer cualquier cosa sino solamente aquello que le está permitido. Nosotros, por el contrario, podemos hacer cualquier cosa, salvo que esté prohibida.

a) 1. Clases de Competencia

a) Territorial: Comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función. Se la vincula con las divisiones o circunscripciones administrativas del territorio del Estado, donde los órganos administrativos deben ejercer sus atribuciones. (v.g. si tengo domicilio Fiscal en la ciudad de Córdoba, para realizar un trámite ante la AFIP no me debo dirigir a la Regional San Juan; el agente de la Policía Caminera de Córdoba no puede aplicar una multa en una ruta de San Luis).

b) Material: Se refiere a la clase de actividades que legítimamente puede desempeñar el órgano (v.g.: cada Ministerio es competente para resolver sobre una materia determinada; un órgano administrativo no puede sancionar la comisión de un delito tipificado por el Código Penal).

c) Por el grado: La organización administrativa se integra verticalmente. Culmina en un órgano superior al que se le subordinan los de rango inferior. El grado es la posición que ocupa un órgano dentro de la pirámide jerárquica. La competencia en razón del grado se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la Administración. (v.g. en un municipio ubicamos en la posición superior al Intendente, luego descendiendo, los Secretarios de distintas áreas, luego los Directores, Subdirectores, Jefes de Departamentos, etcétera).

Dentro de la competencia en razón del grado, debemos referirnos a la figura de la *avocación* y a la *delegación*. Mediante la avocación, el órgano superior jerárquico ejerce una competencia atribuida al inferior. Es procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario; es decir que esté prohibida o que se trate de una competencia atribuida un órgano inferior por razones técnicas (v.g.: una junta médica); o consista en la resolución de un recurso planteado ante el órgano inferior (porque en ese caso el recurrente se quedaría sin una instancia). Siempre se ejerce para un caso concreto y mediante esta figura, el superior aumenta su competencia en desmedro de la del órgano inferior. La delegación es la figura inversa. Procede cuando el superior jerárquico encarga al inferior la resolución de un asunto que le compete al primero. En este caso, es como que el órgano superior disminuye su competencia en beneficio del inferior. La delegación debe estar expresamente autorizada.

La reciente modificación introducida a la ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Córdoba, mediante la ley 10.618 establece nuevas pautas sobre delegación. Señala que el ejercicio de la competencia es delegable, salvo norma en

contrario y en los siguientes casos: a) La atribución de dictar reglamentos; b) Las atribuciones de carácter político privativas e inherentes de la autoridad, y c) Las atribuciones delegadas, salvo que una ley especial habilite la subdelegación. El acto de delegación debe publicarse. El órgano competente puede encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico a otros órganos o entes de la Administración idóneos para realizar el tipo de actividades de que se trate, conservando para sí los elementos sustantivos de ejercicio, decisión y dirección de la actividad encomendada. Asimismo, y bajo las mismas condiciones, podrá requerir la presentación de informes o dictámenes expedidos por profesionales habilitados y visados por los consejos profesionales respectivos. El órgano o profesional encomendado debe aplicar al cumplimiento de tales actividades, la diligencia y rigor técnico y profesional que le es exigible en el desarrollo de sus competencias propias. La encomienda debe motivarse en razones de eficacia o falta de medios técnicos idóneos para su desempeño y no puede vulnerar el régimen jurídico de los contratos de la función pública. La encomienda de actividades se instrumenta:

- 1) Por acto administrativo expreso de los órganos o entidades intervinientes, o
- 2) Por convenio, cuando se realiza entre órganos que no reconozcan autoridad común. El instrumento explicitará la actividad o actividades que comprenda, el plazo de vigencia y toda otra mención que colabore a determinar el alcance de la encomienda.

Los titulares de los órganos administrativos en materias de su competencia legal o delegada pueden facultar a los titulares de órganos o unidades administrativas que de él dependan, para que firmen en su nombre sus actos o resoluciones, sin que ello altere o menoscabe su competencia o responsabilidad en la decisión. El firmante por encomienda hará constar esta circunstancia mencionando la resolución que lo autoriza. La encomienda de firma debe ser dispuesta en forma expresa, detallando los actos y resoluciones que comprende y puede ser revocada en cualquier momento. Para ser válida, el acto que disponga la encomienda de firma debe ser publicado.

A su vez, el art. 39 de la ley 10.618 indica que, a los fines de facilitar la desconcentración administrativa, se faculta al Poder Ejecutivo a delegar funciones administrativas que son de su competencia a comunidades regionales, municipios y comunas de esta Provincia. La delegación debe ser realizada en forma expresa y delimitada mediante acuerdos celebrados al efecto, en los que debe preverse que el Poder Ejecutivo pueda reasumir las funciones delegadas en cualquier momento.

La *sustitución* tiene lugar cuando el superior común de dos órganos dispone la transferencia de competencia de uno a otro en procedimientos concretos y cuando las necesidades del servicio lo hagan conveniente, salvo prohibición normativa. Cuando se sustituye una persona física dentro de un órgano, no se modifica la competencia del órgano sino la persona del funcionario a través de lo que se denomina subrogación o suplencia. La *intervención* es un modo de control administrativo interno que se da cuando el funcionario interventor reemplaza al titular del órgano in-

tervenido. La intervención tiene lugar respecto a entidades descentralizadas cuando incurren en graves irregularidades administrativas o ante la existencia de un conflicto institucional insoluble dentro del ente. No obstante, una práctica antijurídica consiste en mantener intervenidos determinados entes sine die, aun cuando no exista motivo para ello, como una política de la administración central tendiente a tener injerencia en las decisiones de los entes descentralizados (v.g. intervención de entes reguladores de servicios públicos).

d) En razón del tiempo: es la que se puede ejercer en un determinado período dentro del cual es válido hacerlo. Tiene que ver por ejemplo con la actuación de los órganos colegiados que sólo pueden ejercer su competencia los días fijados para que sesionen, o en el caso de sumarios administrativos donde se fija un término para su instrucción y decisión bajo pena de nulidad, y excedido el mismo, caduca la competencia del órgano para ello.

Cuando las normas que rigen la competencia administrativa son interpretadas en forma distinta por los encargados de aplicarlas, puede darse el caso que dos órganos se consideren igualmente competentes o incompetentes para decidir. En tales casos, estamos en presencia de un conflicto positivo o negativo de competencia (arts. 4° y 5° LNPA y de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Córdoba) el que es resuelto por el órgano superior común (v.g.: el Poder Ejecutivo respecto a dos Ministerios).

b) Jerarquía

En toda organización, por ello también en la organización administrativa, los distintos órganos se encuentran en una relación de subordinación a aquél órgano que se encuentra en un rango superior. Esta ordenación se llama jerárquica y en ella los órganos superiores disponen de la potestad jerárquica para dirigir, ordenar y controlar la actividad de los órganos inferiores. Dentro de la jerarquía ubicamos *líneas* y *grados*. Línea jerárquica es la conformada por el conjunto de órganos alineados en sentido vertical; en tanto grado es la posición o situación que cada uno de los órganos ocupa en la línea jerárquica.

Como consecuencia de la jerarquía el órgano superior ejerce ciertas potestades con respecto a los inferiores. De este modo, puede dirigir e impulsar la acción del inferior, dictar disposiciones tendientes a organizar el trabajo (instrucciones, circulares, órdenes y reglamentos internos), controlar la actividad del inferior y ejercer en su caso la potestad disciplinaria. Puede designar personal para los órganos inferiores, delegar y avocarse, etc. Así, la voluntad del jerarca sigue las líneas jerárquicas y llega hasta los últimos grados encauzando la acción de todos los funcionarios públicos. Se trata de una relación jurídica interna que vincula entre sí a los órganos de la administración mediante poderes de subordinación para asegurar la unidad de acción.

El hecho de la necesaria existencia de subordinación de unos órganos a otros no debe excluir una visión moderna de la división del trabajo y del trabajo en equipo, donde el líder es uno más y sus subordinados se sienten parte de las decisiones y se les reconocen sus logros. El clima amigable y componedor, la vocación de servicio y el sentido de pertenencia redundan en una administración más eficiente.

2. Centralización y descentralización

Existe *centralización* cuando todas las actividades son realizadas por los órganos centrales de la Administración. En la centralización, la actividad administrativa la realiza directamente el órgano u órganos centrales. Por su parte, hay *descentralización* cuando ciertas actividades están adjudicadas a entidades con personalidad jurídica propia o cuando ciertos servicios públicos son prestados por determinadas personas jurídicas creadas para cumplir ciertas funciones separadas de la Administración central, con órganos propios que expresan su voluntad. Descentralizar implica entonces la creación de nuevos sujetos de derecho, distintos a la Administración central, a los que se les transfieren ciertos cometidos estatales. Los entes descentralizados no están vinculados a la Administración central mediante una relación jerárquica, sino a través del control administrativo que ejerce ésta sobre aquéllos, denominada "tutela administrativa".

Los entes descentralizados se caracterizan por poseer personalidad jurídica propia y patrimonio propio. Su patrimonio es estatal, tienen capacidad de administrarse a sí mismos, son creados por el Estado por ley y excepcionalmente por decreto y están sometidos al control de la Administración central.

Para ilustrar con un ejemplo podemos referir que, en el ámbito de la Provincia de Córdoba, son entes descentralizados el Banco de la Provincia de Córdoba, la Empresa Provincial de Energía (EPEC), la Caja de Jubilaciones, el Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSeP), entre muchos otros. Todos reconocen una personalidad jurídica propia e independiente de la Provincia. Por eso pueden por sí adquirir derechos y contraer obligaciones y ser actores o demandados en juicio, por sí mismos. El tema de la descentralización administrativa es de suma importancia desde el punto de vista procesal, puesto que como profesionales de la abogacía debemos saber a quién demandar frente a un determinado hecho. No es lo mismo demandar a la Provincia o a la EPEC, a la Nación o al Anses, al Banco Central o a la AFIP. Deben ser conscientes los operadores del derecho que existe este tipo de organización administrativa —la descentralizada— en virtud de lo cual habrá que estar muy atento a quien se demanda si no queremos vernos sorprendidos con la oposición de una excepción de falta de legitimación pasiva y tener que pagar las costas. Por eso se debe verificar si determinada repartición tiene personalidad jurídica propia o por el contrario si forma parte de la Administración central, en cuyo caso la acción deberá dirigirse en contra de esta última.

Finalmente, puede darse el caso de la *recentralización* que consiste en el proceso inverso a la centralización y tiene lugar cuando se extingue el ente descentralizado y sus funciones son devueltas a la Administración central. Debe instrumentarse por una norma del mismo rango que la que dispuso la descentralización (v.g.: en el ámbito de la Provincia de Córdoba la DIPAS (Dirección Provincial de Agua y Saneamiento) era una entidad autárquica y se transformó en la DAS (Dirección de Agua y Saneamiento) como integrante de la Administración Central.

Al hablar de descentralización en esta materia nos estamos refiriendo a la descentralización administrativa, que es diferente a la descentralización política e independiente del sistema de gobierno y de la estructura del Estado. Por lo tanto, al hablar de *autonomía* aludimos a la posibilidad de una persona pública de darse sus propias normas (dentro de un marco superior) y regirse por ellas (v.g. las Provincias, los Municipios). No debemos confundir esta autonomía (que es un concepto político) con la autonomía universitaria, que tiene que ver más bien con la llamada autonomía académica y de organización interna, en relación a factores externos a ellas.

Por *autarquía* se entiende que un ente descentralizado tiene capacidad para administrarse a sí mismo. La entidad autárquica no se da su propia norma de creación, sino que la recibe desde afuera y a partir de allí se puede regir por sí misma. La *autarcía* es la capacidad de un ente de bastarse económicamente a sí mismo.

3. Concentración y desconcentración

Existe *concentración* cuando las facultades decisorias se agrupan sólo en el órgano superior de la Administración central o en los órganos directivos de las entidades descentralizadas. Es un principio organizativo que se da dentro de una misma persona pública estatal, tanto en la Administración central como en la descentralizada. Se habla de *desconcentración* cuando las competencias decisorias se asignan en forma permanente a los órganos inferiores de la Administración, ya sea centralizada o descentralizada. Hablar de desconcentración implica la existencia de división del trabajo dentro de la persona pública. Prácticamente toda la administración pública es desconcentrada ya que existen distintos niveles de decisión y de responsabilidades. La única administración concentrada que podría existir sería una comuna muy pequeña donde el Jefe Comunal tomara para sí todas las competencias y decisiones.

Puede suceder que la transferencia de facultades decisorias no lleve consigo la creación de una entidad con personalidad jurídica propia. Por ejemplo, la creación de los Centros de Participación Comunal (CPC) en el ámbito de la Municipalidad de Córdoba, que no tienen personalidad jurídica propia, son la misma Municipalidad, pero actúan en distintas jurisdicciones territoriales en el ámbito de la ciudad. Se trata de un caso de desconcentración de base territorial y no de descentralización pues no hay creación de nuevas personas públicas.

Cuando nos referimos a centralización y descentralización nos estamos refiriendo a un concepto orgánico, que tiene que ver con la creación o existencia de nuevos sujetos de derecho con personalidad jurídica propia que cumplen determinadas funciones; al hablar de concentración y desconcentración lo hacemos desde un punto de vista funcional, según exista o no división del trabajo interno.

II. PERSONAS PÚBLICAS ESTATALES Y NO ESTATALES

De acuerdo al art. 141 del Código Civil y Comercial son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. Las personas jurídicas pueden a su vez ser públicas o privadas (art. 145). Son públicas según lo preceptuado por el art. 146 del CC y C el Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter las personas son entes susceptibles de adquirir derechos y obligaciones. También tienen ese carácter los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable. Finalmente, el referido artículo menciona a la Iglesia Católica. El art. 148 enumera como personas jurídicas privadas a las sociedades, las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal y toda otra contemplada en disposiciones del Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento. Finalmente, el art. 149 del CC y C establece que la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo —aclara— la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

Las personas jurídicas públicas se caracterizan por ejercer una porción del poder del Estado, materializado en el ejercicio de función administrativa. Si bien numerosas personas privadas tienen un fin que hace al bien común y al interés general, pudiendo en este aspecto asimilarse a las públicas, no obstante, no ejercen función administrativa.

(Para algunos autores, lo hacen excepcionalmente los concesionarios de obras y servicios públicos en algunas circunstancias o las universidades privadas cuando emiten un certificado de estudios cumplidos a los fines de que el Ministerio de Educación expida el correspondiente título). Esta es a nuestro juicio la principal diferencia entre las personas públicas y las privadas.

A su vez, las personas públicas pueden ser estatales o no estatales. Las *Personas Jurídicas Públicas Estatales* (v.g.: Estado Nacional, provincias, municipios, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entidades autárquicas, etc.) se caracterizan por perseguir en su obrar un fin público tendiente a la satisfacción del interés general. Ejercen potestades públicas, sus empleados son empleados públicos (regidos por el derecho administrativo o por el derecho laboral en caso de haber celebrado Convenio Colectivo de Trabajo) y su patrimonio pertenece al Estado. Las *Personas Jurídicas Públicas no Estatales* (v.g.: colegios profesionales, tribunales de disciplina, obras sociales del sector público como el INSSJP—PAMI) no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración Pública. Persiguen un fin de interés general, pero su patrimonio no pertenece al Estado sino a los profesionales matriculados, socios o afiliados, y celebran actos jurídicos regidos por el derecho privado, salvo cuando ejercen alguna potestad pública, oportunidad que dictan actos administrativos. Así, el Colegio de Abogados puede organizar cursos de postgrado, torneos de fútbol, fiestas para celebrar el día del abogado, etc. Y todo ello se rige por el derecho privado. Pero cuando otorga a un profesional la matrícula o se la deniega, dicta un acto administrativo. Gozan de ciertas prerrogativas de poder público, como, por ejemplo, la obligación de las personas por ellas alcanzadas de afiliarse o incorporarse a la entidad o de contribuir a la integración de su patrimonio. Quienes trabajan para ellas, no son empleados públicos.

III. EL ESTADO EMPRESARIO

Un modo gráfico y sencillo de representar a la Administración Pública es el de imaginarla como un sistema solar donde varios planetas giran en torno al astro principal, es decir el Estado Nacional, núcleo central de la Administración. Los planetas, o sea la Administración descentralizada, se van alejando del centro del sistema a medida que se va intensificando en ellos la aplicación del Derecho Privado, y se va perdiendo o haciendo más tenue la injerencia del Derecho Administrativo. Respecto de los planetas más cercanos, es decir las entidades autárquicas, no hay duda alguna acerca de su carácter, pero a medida que aparece el elemento privado crecen las dudas acerca de la integración de estos mundos mixtos con el sistema solar de la Administración³.

³ Conf. BIANCHI, Alberto, "Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa", ED, 129-266.

A mediados del siglo pasado nuestro país inició un proceso de traspaso de empresas del sector privado al ámbito público y consecuentemente se crearon distintos regímenes jurídicos para moldear ese propósito. Así se crearon las llamadas *sociedades de economía mixta* y las *empresas del Estado* y posteriormente, las *sociedades del Estado* y las *sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria*. Asimismo, en los primeros años de este siglo, se acentuó la decisión estatal de reasumir funciones en el campo económico, a través de *sociedades anónimas* que pertenecen exclusivamente al Estado.

En principio, el proceso de estatización de ciertos sectores o empresas y la creación de sociedades pertenecientes al Estado se justificó en la necesidad de preservar ciertas actividades comerciales que se consideraron socialmente relevantes y respecto a las cuales la iniciativa privada resultaba deficiente o defectuosa. Otras veces se debió a la necesidad de reasumir actividades comerciales que constituyen un servicio público y que si bien habían sido objeto de privatizaciones en la década de los '90, los incumplimientos de los concesionarios justificaron la rescisión del contrato y el retiro de la concesión⁴.

Aparecieron entonces zonas grises representadas por aquellas sociedades que tienen un pie en el Derecho Administrativo y otro en el Derecho Privado, y que se sirven de cada uno según mejor convenga a sus intereses. Al momento de acudir a sus prerrogativas de poder público acuden a su naturaleza administrativa en tanto no dudan en aprovechar de sus condiciones de empresas comerciales cuando los administrados invocan los derechos que las leyes de procedimentales administrativas les confiere⁵.

Las Sociedades de Economía Mixta son la que forman el Estado y los particulares para la explotación de actividades industriales o comerciales, servicios públicos u otra actividad de interés general. Se encuentran reguladas por el decreto-ley 15.349/46, ratificado por la ley 12.962 (B.O. 27/06/47) y supletoriamente por la ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (B.O. 25/04/72). Se caracterizan por aportes mixtos de capital, por entes estatales (Estado Nacional, Provincias, Municipios y entidades autárquicas) y no estatales. Cuando la sociedad de economía mixta tiene participación estatal mayoritaria, el régimen de Derecho Público será prevaeciente y en ciertos casos emitirá actos administrativos. Si la participación estatal es minoritaria, en principio, los actos y contratos serán privados, aunque si desempeña la entidad actividades o gestiones de servicios públicos, las normas de Derecho Público serán

aplicables⁶. No obstante, recordemos que el art. 149 del CC y C ha venido a consignar que la participación del Estado en personas jurídicas privadas, no transforma la calidad de ésta, que sigue siendo privada, sin importar el grado de participación del Estado en la misma y también, sin perjuicio de que se prevea un régimen especial en materia de derechos y obligaciones.

Las Empresas del Estado son entidades descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial. De acuerdo con la ley 13.653 (B.O. 31/10/49) quedan sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas (comerciales o industriales) y al derecho público en lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que estuviere a su cargo. Respecto del personal de las empresas del Estado, son agentes públicos quienes cumplen funciones directivas, mientras que el personal subalterno se rige por el derecho privado.

Las Sociedades del Estado son entes estatales descentralizados que realizan actividades de tipo comercial o industrial, o de explotación de servicios públicos organizadas bajo un régimen jurídico predominantemente privado. Se rigen por la ley 20.705 (B.O. 26/08/74) en cuyo art. 6° se enfatiza su exclusión del régimen administrativo, declarando que no le serán aplicables las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos. Supletoriamente se les aplica la Ley de Sociedades Comerciales. Se trata de la incorporación del Estado a una actividad comercial o industrial sin someterla a las formas del derecho público. Se encuentra excluida la participación de capitales privados. Además, pueden ser unipersonales, es decir de propiedad de un solo sujeto de derecho, siempre público estatal.

Las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria se encuentran previstas a partir del art. 308 de la Ley de Sociedades Comerciales. Quedan comprendidas en esta figura societaria las sociedades anónimas en las cuales por lo menos el 51% del capital social pertenece al Estado Nacional, las Provincias o Municipios. En su actividad empresarial, esta sociedad se rige por el derecho privado. No gozan de prerrogativas públicas, salvo que teniendo a su cargo actividades de interés público les sean transferidas por medios del contrato administrativo correspondiente. Según MATA, la figura jurídica de Derecho Privado adoptada por el legislador hace que no puedan dictar actos administrativos o tomar decisiones equiparables a tales actos⁷.

⁴ Conf. BALBÍN, Carlos F., ob. cit., ps. 674 y ss.

⁵ BIANCHI, Alberto, ob. cit.

⁶ Conf. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 755. En contra, MATA, Ismael, "Los actos de las Empresas y Sociedades del Estado", en AAVV, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 21, para quien las Sociedades de Economía Mixta, aún en los casos en que la participación estatal sea mayoritaria, las decisiones y contratos que celebra no constituyen ni actos ni contratos administrativos, ni existe la posibilidad de impugnarlos mediante recursos administrativos.

⁷ MATA, Ismael, ob. cit.

El Estado además de disponer en algunos casos la creación de nuevas Sociedades del Estado en los términos de la ley 20.705⁸, ha creado Sociedades Anónimas pertenecientes al Estado regidas por la Ley de Sociedades Comerciales. Señala BALBÍN⁹ que este ropaje jurídico tuvo por objeto excluir, respecto de tales sociedades, la aplicación de las normas de Derecho Público y así se dispuso expresamente en sus actos de creación. Como sociedades anónimas de propiedad estatal fueron creadas “Nucleoeléctrica Argentina S.A.” (decreto 1540/94); “Dioxitek S.A.” (decreto 1286/96); “Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A.” (decreto 6161/97); “Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA)” (decreto 1238/03, disuelta por decreto 1672/09); “Correo Oficial de la República Argentina S.A.” (decreto 721/04); “Energía Argentina S.A. (ENARSA)” (ley 25.943, B.O. 03/11/04); “Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. (AR-SAT)” (ley 26.092, B.O. 27/04/06); “Agua y Saneamientos Argentinos (AySA)” (decreto 304/06 ratificado por ley 26.100, B.O. 07/06/06). Asimismo, por ley 26.466 (B.O. 24/12/08) se declararon de utilidad pública y sujetas a expropiación las acciones de las empresas Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur Sociedad Anónima y de sus empresas controladas. También se procedió a nacionalizar la Fábrica Militar de Aviones, dictándose la ley N° 26.501 (B.O. 27/08/09) por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a ejercer la opción de compra de Lockheed Martin Aircraft S.A., dando lugar a la “Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA)”, y mediante la ley 26.741 (B.O. 07/05/12) se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S.A.

Por otra parte, y en relación al origen de estas formas organizativas, cabe preguntarse si el proceso embrionario de creación de las nuevas Sociedades configuró un regreso al llamado Estado empresario tal como se verificaba con nitidez antes de la época de sanción de la ley de reforma del Estado de 1989 o, dicho de otra manera, si este proceso importa un abandono al Estado regulador que, de alguna manera, parece haber sido receptado en el año 1994 en la Constitución Nacional. Al respecto, un sector de la doctrina afirma que con la reforma del Estado pasó a un “Estado subsidiario” en forma pura y con la crisis de los albores del siglo XXI, se abandonó por completo ese modelo parara adoptar otro radicalmente diferente, como sería un “Estado Empresario”, que soslaya la empresa privada¹⁰. Otro sector de la doctrina afirma, en cambio, que, sin perjuicio de los importantes cambios puntuales introdu-

⁸ Sistema Nacional de Medios Públicos S.E. (decreto 94/2001); Educ.Ar S.E.; Telam S.E., Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado y Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (ley 26.352).

⁹ BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 221.

¹⁰ ALFONSO, María L., *Régimen de nacionalización de empresas privadas*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 57.

cidos que marcan una diferencia ideológica, no parece que se haya planteado aún —al menos explícitamente y en términos más o menos completos— un verdadero sistema en reemplazo del anterior —emergente de la reforma del Estado—, en cuyo contexto se postule o se haya postulado, la necesidad de que el Estado asuma directamente la gestión de los medios de producción¹¹. Por otra parte, la no sujeción a estas Sociedades de todas las normas administrativas es una cuestión —opinable, por cierto— pero que puede tener incidencia en la performance de la actividad estatal, en orden al sometimiento de un régimen que les garantice agilidad y eficacia. Es preciso mencionar sobre este punto, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “La Buenos Aires Cía de Seguros. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.”¹² en la que se consideró aplicable, a un trámite de licitación pública llevado a cabo por una empresa estatal, la normativa relativa a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, a pesar de la disposición en contrario que prevé su normativa de creación.

Cabe recordar también que luego de la nacionalización de los fondos de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) que fueran transferidos al Anses en función de lo dispuesto por la ley 26.425, las inversiones de las ex AFJP que en su oportunidad realizaron en numerosas empresas privadas se encuentran en poder del Estado Nacional. En particular el total de los fondos administrados por las AFJP se traspasó en especie al FGS (Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino). Se trata de acciones en sociedades anónimas, acciones de empresas privatizadas, fondos comunes de inversión, títulos y valores extranjeros, títulos de deudas emitidos por sociedades extranjeras y fideicomisos financieros.

IV. LAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS

Fruto del proceso de descentralización administrativa surgieron entidades con personalidad jurídica propia y facultad de administrarse por sí mismas, con un fin o cometido típicamente estatal y sujetas a un régimen de Derecho Público. De acuerdo a lo que establece el art. 146 del Código Civil y Comercial, la entidad autárquica es una persona jurídica pública, que integra la organización administrativa. Cuenta con un patrimonio propio a partir de la asignación legal de recursos y puede o no autofinanciarse.

¹¹ DURAN, Julio C., “Participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas”, LL, 2010-A-696.

¹² Fallos 311: 750 (1988).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que *“La autarquía es la más clásica de las formas de descentralización administrativa, que implica el desprendimiento de una actividad del Estado al tronco común y, para atenderla, se constituye una entidad separada, con ley, autoridades, poderes y responsabilidades propias, pero unidas, sin embargo a la administración central, por vínculos más o menos fuertes, directos o indirectos, por lo que el Estado es responsable y beneficiario final de todo lo que se realiza. Es por tal motivo, que las entidades autárquicas se encuentran sujetas a las políticas generales que, en materia de administración, dicte el Presidente de la Nación, habida cuenta que la descentralización que implica la creación de una entidad autárquica es —junto con la centralización— una de las formas de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública. El concepto de autarquía no encierra la noción de independencia absoluta del ente frente al poder administrador central, limitación que importa la sujeción del organismo, en el grado pertinente, a las medidas dispuestas por el poder central. El vínculo de subordinación se mantiene por cuanto las entidades autárquicas integran la Administración Pública, de manera tal que están obligadas a respetar los lineamientos y principios de conducta y política administrativa generales que se fijan para la administración en su conjunto, con alcance para todas las ramas de ésta”*¹³.

Para CASSAGNE¹⁴, pueden ser creadas tanto por ley como por decreto del Poder Ejecutivo, por tratarse de facultades concurrentes, salvo aquellas entidades que se encuentren relacionadas con las atribuciones expresas que la CN pone a cargo del Congreso (art. 75, incs. 6 y 18).

Pueden tener cometidos vinculados a la más variada índole, tales como a la educación, como las Universidades Nacionales¹⁵, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); el Consejo Nacional de Educación Técnica (CONET); a la cultura, (Fondo Nacional de las Artes); Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), a la salud pública, como el Servicio Nacional de Rehabilitación; el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI); a la economía, como el Banco Central de la República Argentina; el Banco de la Nación Argentina, la Comisión Nacional de Valores; el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), o de fomento como el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA); el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI); al control de la prestación de servicios públicos, como el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS); el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE); o el

Ente Regulador de Servicios Públicos de Córdoba (ERSeP), o como brazo ejecutor de las políticas tributarias y aduaneras del Estado Nacional, como la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) o de las políticas nacionales en materia de sanidad y calidad animal y vegetal y cumplimiento de la normativa vigente en la materia, asegurando la aplicación del Código Alimentario Argentino para aquellos productos del área de su competencia, como el Servicio de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA).

Como vemos, las incumbencias de las entidades autárquicas, de las que a título ilustrativo hemos mencionado sólo algunas, abarcan un amplio espectro de actividades estatales por lo que constituyen actualmente uno de los pilares en que se asienta la organización administrativa descentralizada. Las entidades autárquicas no dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo. El control que éste ejerce sobre aquéllas es un control administrativo o de tutela, que institucionalmente se realiza a través de la Auditoría General de la Nación (art. 85, CN). Asimismo, el Poder Ejecutivo puede dejar sin efecto los actos administrativos de las entidades autárquicas a través del Recurso de Alzada, que se limita a un control de legitimidad de sus actos, mientras que, en caso de haber sido creadas por decreto, el control por este medio en el orden nacional abarca además un control más amplio, de mérito, oportunidad o conveniencia (art. 97, decreto 1759/72, Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). Finalmente, las entidades autárquicas pueden ser intervenidas por el Poder Ejecutivo, lo cual en principio debiera ser un remedio excepcional y transitorio frente a graves irregularidades del ente o ante un conflicto institucional interno. Sin embargo, es frecuente que las intervenciones de los entes autárquicos sean permanentes y aún, sin que se den las condiciones para ello, como una manera de cooptación del ente por la Administración central.

V. CONFLICTOS DE NATURALEZA PECUNIARIA ENTRE ORGANISMOS DEL ESTADO

La ley 19.983 (B.O. 05/12/72) y su Decreto Reglamentario N° 2481/93 (B.O. 13/12/93) establecen un sistema de resolución en sede administrativa de conflictos generados por reclamaciones pecuniarias de cualquier índole entre organismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas y las empresas del Estado, tanto entre dos entes estatales con personalidad jurídica propia (que tienen entre sí relaciones interadministrativas), como entre dos órganos de una misma entidad estatal (que tienen entre sí relaciones interorgánicas). Se establece la improcedencia de la reclamación por debajo de cierto monto y por encima de éste, la competencia para resolver el conflicto es por parte de la Procuración del Tesoro de la Nación o el Poder Ejecutivo, según la cuantía.

Lo que se ha pretendido en definitiva es sustraer del ámbito judicial los diferendos entre diversas parcelas de la Administración Pública Nacional.

¹³ Dictámenes: 239/26.

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 283.

¹⁵ Aun cuando la Constitución Nacional les reconoce autonomía académica y de organización interna.

La Ley N° 19.983 se aplica a todos los conflictos pecuniarios, cualquiera sea su causa o naturaleza, y sólo exige que se trate de un reclamo de una deuda de dinero, sin que importe su origen¹⁶. No obstante, hay una importante excepción a este principio, toda vez que quedan fuera del procedimiento instituido por aquella ley, las contiendas derivadas de la imposición de multas de naturaleza penal.

Además de la índole estatal de las partes, de la naturaleza pecuniaria de la pretensión y del monto que se reclama, el régimen normativo de los conflictos interadministrativos impone como requisito que tanto la decisión de requerir el pago de una deuda de dinero como la de rechazarla tiene que haber sido tomada por la máxima autoridad del sujeto estatal. En efecto, para iniciar formalmente un conflicto es menester que el reclamo del ente presuntamente acreedor sea suscripto por el funcionario de la más alta jerarquía de dicho ente; asimismo, la negativa al pago debe ser formulada expresamente por la autoridad superior de la entidad emplazada¹⁷. Previamente deben dictaminar los servicios jurídicos permanentes de los organismos para que se configure un conflicto interadministrativo y las partes tienen que acreditar que no han podido arribar a un acuerdo sobre la diferencia que las enfrenta. Por consiguiente, el reclamo siempre debe estar precedido de gestiones tendientes a diluir el diferendo, de modo que sólo frente a la imposibilidad de una conciliación entre las partes resulta viable el procedimiento de la Ley N° 19.983¹⁸.

Quedan fuera del alcance de esta disposición las ejecuciones fiscales promovidas por la Administración Federal de Ingresos Públicos de conformidad a lo dispuesto por el art. 92 de la ley 11.683, como también, los conflictos con las Universidades Nacionales dado que el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional las ha dotado de autonomía, desvinculándolas de su dependencia del Poder Ejecutivo¹⁹.

¹⁶ PTN, Dictámenes 251:504, entre otros.

¹⁷ PTN, Dictámenes 206:177.

¹⁸ PTN, Dictámenes 239:62.

¹⁹ Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dando un vuelco en su criterio anterior, en autos: "Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco de la Nación Argentina" (Fallos: 326:1355) del 24/04/03, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, quien sostuvo que "[...] aparece manifiesto que en la actualidad las universidades nacionales aun siendo entes públicos, no pueden ser asimiladas a los que se mencionan en la ley 19.983... por decisión política de los órganos habilitados constitucionalmente, se dispuso apartar a las altas casas de estudio de la injerencia de los poderes políticos, lo que se convierte en un obstáculo insalvable para que, en el marco de tales principios que sustentan la peculiar naturaleza de la institución universitaria, el litigio sea resuelto por el Poder Ejecutivo nacional o por el Procurador del Tesoro, por aplicación de la ley 19.983, aun cuando la actora en estas actuaciones pertenezca al Estado Nacional [...]". Ver también acerca de la judicialización de un conflicto interadministrativo, CSJN, "Facultad de Ciencias Médicas (UNLP) c/ Universidad Nacional de La Plata s/ nulidad de actos administrativos" Fallos: 331:2257, del 21/10/08.

VI. LAS AGENCIAS Y DEMÁS ENTES DESCENTRALIZADOS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

En la Provincia de Córdoba, como instrumentos de descentralización administrativa se crearon las llamadas "Agencias" para el desarrollo de actividades inherentes a cometidos del estado provincial. Las Agencias mencionadas, adoptaron la forma jurídica de Sociedades del Estado, Sociedades de Economía Mixta y Entidades Autárquicas.

La "Agencia Córdoba Deportes Sociedad de Economía Mixta" es una persona de derecho público creada por Ley 9156 (B.O. 16/04/04), la que se rige por su propio estatuto y, complementariamente, por las disposiciones del Decreto Ley N° 15.349/46, ratificado por la Ley N° 12.962. Tiene como competencias fortalecer la participación de los distintos sectores de la sociedad en prácticas deportivas; promover el deporte como instrumento para la integración social; impulsar la incorporación de las prácticas deportivas en las distintas instituciones; contribuir al desarrollo de deportistas destacados; facilitar el acceso a la práctica del deporte de las personas con discapacidad; contribuir al fortalecimiento de los clubes de Córdoba en su rol de contención y formación social a partir de la familia y promover la participación de los estamentos y ámbitos de la Provincia de Córdoba en la actividad deportiva.

La "Agencia Córdoba Turismo Sociedad de Economía Mixta" es también una persona de derecho público creada por Ley 9156, que se rige por su propio estatuto y, complementariamente, por las disposiciones del Decreto Ley N° 15.349/46, ratificado por la Ley N° 12.962. Le corresponde a la Agencia Córdoba Turismo organizar, orientar, promover, coordinar la actividad turística y su desarrollo en la Provincia de Córdoba; incrementar su incidencia en el producto bruto provincial; posibilitar la participación en el ejercicio del turismo de todos los sectores sociales; proteger y desarrollar el patrimonio turístico en sus aspectos naturales y culturales; y proteger y desarrollar los recursos humanos abocados a la actividad turística, la calidad de los servicios y la infraestructura turística.

La "Agencia ProCórdoba Sociedad de Economía Mixta" fue creada por Ley 8938 (B.O. 08/08/01), se rige por su propio estatuto y, complementariamente, por las disposiciones del Decreto Ley N° 15.349/46, ratificado por Ley N° 12.962. Tiene competencia en todas las actividades relacionadas al comercio exterior. Fue creada con el objetivo de consolidar la base exportadora de la provincia de Córdoba y lograr un crecimiento sostenido en los mercados internacionales.

La "Agencia Córdoba Cultura Sociedad del Estado" fue creada por decreto 2565/2011 ratificado por la ley 10.029 (B.O. 29/12/11). Se rige por su propio estatuto y, complementariamente, por las disposiciones de las Leyes N° 19.550, N° 20.705 y modificatorias. Le corresponde a la Agencia Córdoba Cultura ocuparse de la conservación, promoción, enriquecimiento, difusión y extensión del patrimonio histórico, artístico y cultural de la Provincia de Córdoba en su integridad.

La "Agencia Córdoba Joven" es una entidad autárquica del Estado Provincial, creada por decreto 2565/2011 ratificado por la ley 10.029. Tiene competencia en todo lo inherente a la planificación, diseño, ejecución, implementación, gestión y control de las políticas públicas, programas, planes y proyectos que tengan por objeto promover la inclusión social, política, cultural, salud, desarrollo productivo y deportiva de los jóvenes.

La "Agencia Córdoba de Inversión y Financiamiento, Sociedad de Economía Mixta", creada por ley 9050 (B.O. 25-10-2002) es el ente facultado para evaluar, aprobar técnicamente, coordinar y administrar los proyectos que se ejecuten con fondos provenientes de los Convenios de Préstamo entre la Provincia y los distintos organismos nacionales o internacionales. Conforme a las funciones y atribuciones otorgadas a la ACIF SEM, queda a su cargo todo lo relacionado a la gestión de las operaciones de financiamiento, lo que abarca desde las negociaciones para obtener la línea pretendida hasta la ejecución y cierre de la operatoria, en estrecha vinculación con las distintas áreas de gobierno vinculadas a la misma. Se rige por su estatuto y, complementariamente, por las disposiciones del Decreto Ley N° 15.349/46, ratificado por la Ley N° 12.962.

La "Agencia Córdoba Innovar y Emprender Sociedad de Economía Mixta", creada por la 10.351 (B.O. 14/06/16) se rige por su propio estatuto y complementariamente, por las disposiciones del Decreto Ley N° 15.349/46, ratificado por Ley Nacional N° 12.962. Tiene competencia en todo lo inherente a la promoción del financiamiento y la ejecución de programas y proyectos tendientes a incrementar los procesos de innovación, de desarrollo territorial y de valor agregado a la producción en empresas, emprendimientos, actores y sistemas productivos de la Provincia de Córdoba, a través de la articulación y el cofinanciamiento con los sectores de la sociedad civil involucrados.

Entre los demás entes descentralizados de la Provincia de Córdoba podemos mencionar a la Empresa Provincial de Energía (EPEC), al Banco de la Provincia de Córdoba (BanCor), a la Lotería de la Provincia de Córdoba Sociedad del Estado; la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba; el Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSEP); la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS); Consejo para la Planificación Estratégica Córdoba; Fundación Banco de la Provincia de Córdoba; el Centro de Excelencia en Productos y Procesos (CEPROCOR), la Universidad Provincial de Córdoba (UPC), la Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y Caminos de las Sierras S.A.

VII. LOS ENTES REGULADORES (REMISIÓN AL CAPÍTULO X)

VIII. LA REFORMA DEL ESTADO EN LA DÉCADA DEL '90. PRIVATIZACIONES.

DESREGULACIÓN ECONÓMICA. LA CRISIS DEL 2001 Y EL RETORNO DEL PÉNDULO

La caída del Estado de Bienestar significó un cambio en las políticas de Estado de muchos países en el mundo. Ante ello surgiría un nuevo modelo, el Estado Neoliberal. Este con una renovada concepción del rol del estado en la sociedad, impondría importantes cambios en la realidad social. La Argentina, sin escapar a este proceso, durante la década del '90, se vio encaminada hacia una "Reforma del Estado", llevando a redefinir el rol del individuo, del mercado y del Estado. Este proceso tuvo como eje principal las privatizaciones de numerosas empresas estatales y la descentralización administrativa. El proceso de constitución del nuevo modelo de Estado, se inició con la ley 23.696 (B.O. 23/08/89) reglamentada por el decreto 1105/89 y la declaración de "Emergencia administrativa", propugnando la declaración en estado de emergencia la prestación de servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración pública nacional centralizada y descentralizada. El Poder Legislativo autorizó al Poder Ejecutivo a intervenir en todos los entes y empresas del Estado y a la creación de nuevas empresas sobre la base de escisión, fusión, extinción, o transformación de las existentes, reorganizando, redistribuyendo y reestructurando cometidos, organizaciones y funciones u objetos sociales de las empresas y sociedades del Estado nacional.

Asimismo, se facultó al Poder Ejecutivo Nacional para proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras cuya gestión se encontraba a su cargo, o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad perteneciera total o parcialmente al Estado Nacional, que hayan sido declaradas "sujeta a privatización" conforme con las previsiones de la ley. Para el cumplimiento de los objetivos y fines de la ley, el Poder Ejecutivo, a través de la Autoridad de Aplicación o en forma directa en su caso, podía: transferir la titularidad, ejercicio de derechos societarios o administración de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas "sujeta a privatización"; constituir sociedades: transformar, escindir o fusionar los entes mencionados anteriormente; reformar sus estatutos societarios; disolver los entes jurídicos preexistentes en los casos en que por transformación, escisión, fusión o liquidación, correspondiera; negociar retrocesiones y acordar la extinción o modificación de contratos y concesiones formulando los arreglos necesarios para ello; efectuar las enajenaciones aun cuando se refirieran a bienes, activos o haciendas productivas en litigio, en cuyo caso el adquirente subrogaría al Estado Nacional en las cuestiones, litigios y obligaciones; otorgar permisos, licencias o con-

cesiones, para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen, en tanto los adquirentes reunieran las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales, así como las que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación.

Las privatizaciones reguladas por la ley podían materializarse por alguna de las modalidades que a continuación se señalan o por combinaciones entre ellas, sin ser esta enumeración taxativa: 1) Venta de los activos de las empresas, como unidad o en forma separada; 2) venta de acciones, cuotas partes del capital social o, en su caso, de establecimientos o haciendas productivas en funcionamiento; 3) locación con o sin opción a compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el valor del precio de su venta; 4) administración con o sin opción a comprar por un plazo determinado estableciéndose previamente el valor del precio de su venta; 5) concesión, licencia o permiso.

En los anexos de la ley se enumeraron las empresas que se privatizarían o se darían en concesión, a saber: Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Aerolíneas Argentinas, Optar, Buenos Aires Catering, Empresa Líneas Marítimas Argentinas, Yacimientos Carboníferos Fiscales, Conarsur, Dirección Nacional de Vialidad (concesiones parciales o totales de reparación y mantenimiento de la red troncal vial nacional y obras de infraestructura especiales), Ferrocarriles Argentinos, Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Canal 11, Canal 13, Radio Belgrano, Radio Excelsior, Subterráneos de Buenos Aires, Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), Junta Nacional de Granos, Administración General de Puertos, Casa de la Moneda, Talleres Navales Dársena Norte, Forja Argentina S.A., entre otras; como también la concesión de la distribución y comercialización de las actividades de Gas del Estado, Segba, Agua y Energía y Obras Sanitarias de la Nación.

Paralelamente a la política de privatización y achicamiento del Estado, se procedió a desregular la economía, eliminando trabas a la libre competencia y al desarrollo del libre mercado, dictándose a tal efecto el decreto 2284/91 (B.O. 01/11/91). De este modo se tomaron una serie de medidas tendientes a facilitar "el funcionamiento de mercados fluidos y transparentes donde los precios se formen como consecuencia de la interacción espontánea de la oferta y de la demanda, sin intervenciones distorsionantes y generalmente contrarias al interés de los consumidores", y la apertura económica, promoviendo la simplificación de procedimientos de control vinculados al comercio exterior y a la supresión de trabas injustificadas a la libre circulación de bienes. Se eliminaron los llamados "perímetros de protección" para realizar determinadas actividades económicas (farmacias, estaciones de servicios, mercados de abasto), se eliminó la prohibición legal de convenir honorarios y otras retribuciones por servicios profesionales no comprendidos en la legislación laboral ni en convenciones colectivas, por debajo de un determinado mínimo; se procedió

a la desregulación de la comercialización de medicamentos, facilitando la libre instalación de farmacias por parte de cualquier persona física o jurídica, que reuniera las calidades para desempeñarse en esa actividad y con el objeto de aumentar la competencia de mercado en aquellos productos o especialidades medicinales catalogadas de venta libre por la autoridad sanitaria, y se dispuso la libre comercialización de este tipo de productos.

A fin de favorecer la competencia y la mejor atención al público de los comercios minoristas de expendio de mercaderías o prestadores de servicios, se implementó la eliminación de barreras que impedían la libertad horaria, respetando los derechos y obligaciones que correspondían a los empleados y empleadores de acuerdo a la legislación vigente, lo que trajo aparejado la apertura de comercios minoristas los días sábados, domingos y feriados. Se modificaron los procedimientos aduaneros con el objeto de limitar los tiempos de espera para el ingreso a plaza de los productos importados, invocándose para ello que los retardos y el almacenamiento obligatorio constituían un sobre costo de las mercaderías que carece totalmente de utilidad económica e incrementa artificialmente los precios al consumo.

Como podemos observar, se trató de un proceso que generó una gran transformación inédita en Argentina, puesto que implicó definir un nuevo rol del Estado, que por entonces, se encontraba involucrado en la prestación de servicios públicos y otras actividades comerciales e industriales a través de empresas absolutamente deficitarias, donde se facilitó el clientelismo y la corrupción y sin capacidad de inversión y desarrollo de nuevas tecnologías; a la par que coexistía con ello una verdadera asfixia de la economía por las numerosas regulaciones que coartaban la iniciativa privada, el desarrollo del comercio y la generación de inversiones. Todo este cuadro de situación, sumado a la incontenible inflación y al enorme endeudamiento externo, generó un clima de inestabilidad económica que provocó el traspaso anticipado del mando del presidente Raúl Alfonsín a Carlos S. Menem, seis meses antes de la fecha correspondiente. Toda esta política económica llevada a cabo a partir de la década del '90, tuvo como eje la convertibilidad dispuesta por la ley 23.928 (B.O. 28/03/91) entre el peso y el dólar a un valor "1 a 1" y la prohibición de utilización de índices o mecanismos de actualización de bienes, servicios y salarios, lo que generó que durante muchos años no existiera inflación en Argentina y lo que es más importante, mentalidad inflacionaria. Todo este esquema se pudo sostener —mientras duró— por la gran cantidad de divisas que ingresaron con motivo de las privatizaciones (gráficamente se habla de la venta de las "joyas de la abuela").

Si bien el proceso de reforma del Estado y de desregulación económica nos trajo como consumidores la ventaja de poder tener al alcance un avance tecnológico en la prestación de algunos servicios (sobre todo en el área de telecomunicaciones), viajar por el mundo como jeque árabes por el tipo de cambio totalmente ficticio y acceder a bienes importados a bajo costo; todo ello constituyó un espejismo que escondió la exclusión social, la desocupación, y la falta de injerencia del Estado en cuestiones

de las que nunca debió desentenderse, tales como la educación, los servicios de salud y adecuadas prestaciones de la seguridad social.

La defensa a ultranza del régimen de convertibilidad del peso pasó de ser un instrumento económico, para constituirse en una bandera política, también desplegada por el continuador de Carlos Menem en la Casa Rosada, Fernando de la Rúa. Durante su breve mandato, siguió adelante la caída del PBI y de la producción industrial, el aumento de los niveles de desempleo, la disminución de las exportaciones (que por el bajo valor del dólar no las hacía competitivas), el endeudamiento externo y fuga de divisas, el déficit fiscal, la imposibilidad de acceso a créditos y financiamiento internacionales y la falta de una sustentabilidad social mínima, que provocaron la crisis del 2001, caracterizada por un caos social y económico.

Se produjo una nueva devaluación de la moneda con una salida estrepitosa y desprolija del "1 a 1", se instauró el llamado "corralito financiero" (decreto 1570/01, B.O. 03/12/01) por el cual se restringió la extracción de dólares de los depósitos bancarios y al breve tiempo se pesificó la economía y en particular los ahorros que los ciudadanos tenían en los bancos y los depósitos de las empresas (decreto 214/02, B.O. 04/02/02), dictándose la ley de emergencia 25.561 (B.O. 07/01/02), que entre otras cosas sentó las bases para la renegociación de contratos de obras y servicios públicos y contratos entre particulares expresados en moneda extranjera. Surgió como principio la teoría del "esfuerzo o sacrificio compartido" para la solución de conflictos derivados de la problemática de la devaluación que generó una desigualdad en el equilibrio de las prestaciones.

A partir del año 2003, con la asunción del ex Presidente Néstor Kirchner comenzó un proceso de reconstrucción del país, que se vio favorecido por el desarrollo del comercio exterior y la gran mejora de los términos de intercambio de los productos agrícolas en la comunidad internacional. Se implementaron políticas de inclusión social, disminuyó sensiblemente la desocupación y durante su mandato se vivió un clima de estabilidad y crecimiento económico ponderable. A los fines de asegurar la accesibilidad por parte de los usuarios, comenzó a desplegarse una política de subsidios a diversas actividades, tales como a la energía eléctrica, el gas, el transporte y las concesiones viales. Se comenzó a llevar adelante un proceso de re-estatización de empresas prestadoras de servicios públicos y la creación de numerosas sociedades anónimas con cometidos estatales, como además se estatizaron los fondos de las AFJP. Su sucesora, Cristina Fernández de Kirchner continuó en líneas generales la misma política iniciada por su esposo, se estatizaron un 51% de las acciones de YPF-Repsol, se expropió Aerolíneas Argentinas y se nacionalizó la Fábrica Militar de Aviones. Durante su segundo mandato se incrementaron notoriamente las regulaciones económicas, con fuertes trabas a la importación de productos, a la compra de moneda extranjera, la fijación de precios máximos y un fuerte déficit fiscal financiado por el Tesoro Nacional a través del Banco Central de la República Argentina y del Anses; una fuerte emisión monetaria y una inusitada carga tributaria y comenzó

a desarrollarse un nuevo proceso inflacionario, por lo que haciendo una retrospectiva vemos como un péndulo imágenes ya conocidas por todos.

El 10 de diciembre de 2015 asumió la titularidad del Poder Ejecutivo Nacional el Ing. Mauricio Macri. Sus primeras medidas de gobierno se alinearon en una política totalmente opuesta a la de su antecesora. Sus primeras medidas, presagiaban un cambio de rumbo destinado a reinsertar a la República Argentina en el mercado global. Sin embargo, el alto endeudamiento externo, devaluación de la moneda y la imposibilidad de controlar la inflación, que en el último año de su mandato fue del 53.8%, la más alta de los últimos 28 años, le impidieron ser reelecto.

El 10 de diciembre de 2019 asumió la presidencia de la Nación, Alberto Fernández y la Vice Presidencia Cristina Fernández de Kirchner. Luego de haber heredado una situación económica difícil, el gobierno avanzó con acciones destinadas a recomponer ingresos para el Estado y apuntalar a los que menos tienen. El 23 de Diciembre de 2019 se publicó en el Boletín Oficial la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública N° 27.541, prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021 mediante Decreto 1042/2020. Declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó facultades en el Poder Ejecutivo nacional en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020, a saber: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos; b) reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos; c) promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas; d) crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal; e) fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos; f) procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso esenciales; g) impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerables y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales.

Sin embargo, a esta nueva emergencia económica se le sumó otra emergencia, la sanitaria, fruto de pandemia que azota al mundo entero por el virus Covid-19 y que al momento de escribir estas páginas se espera la efectividad de algunas vacunas, frente a una segunda ola de contagios. En tal sentido, el Decreto N° 260/2020 (B.O. 12/03/2020) amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley 27.541 (B.O. 23/12/2019), en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19. La provincia de Córdoba adhirió a la emergencia nacional mediante ley 10.690, del 18 de marzo de 2020 y lo propio hizo la Municipalidad de Córdoba mediante Ordenanza 13.029, del 17 de abril, ratificando el Decreto 89/2020 del Departamento Ejecutivo. Mediante el Decreto 297/2020, (B.O. 20/03/20), se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio, estableciendo diversas excepciones vinculadas a lo que considera servicios esenciales. A lo largo de todo el año 2020, el Poder ejecutivo Nacional fue dictando decretos, decisiones administrativas y demás resoluciones que fijaron el marco normativo para afrontar esta pandemia, al cual se fueron amoldando las jurisdicciones locales, de acuerdo a la situación de cada provincia, considerando el diferente impacto en la dinámica de transmisión del virus, la diversidad geográfica, socioeconómica y demográfica, en definitiva, las distintas realidades del país.

Todas estas cuestiones en las que nos hemos detenido estimamos sirven para ilustrar a los operadores del Derecho Administrativo sobre aspectos insoslayables de nuestra realidad política, económica y social, en la que se inserta necesariamente el ejercicio de esta disciplina.

CAPÍTULO V LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

El ciudadano, a quien en esta materia es frecuente nombrarlo como “administrado”, en el sentido de aquella persona cuya existencia origina y justifica la actuación de los poderes públicos, es el destinatario de la función administrativa. La posición fundamental que ocupa el individuo frente a la comunidad estatal se caracteriza por ser una relación jurídica. Esta relación jurídica pone en conexión o vincula a sujetos jurídicos distintos. Pero no se trata sólo de poner en conexión, sino de dar forma jurídica a relaciones sociales preexistentes, convirtiéndolas en relaciones jurídicas¹. La actividad estatal produce directa o indirectamente consecuencias de tipo jurídico. Estas consecuencias instituyen recíprocamente derechos o prerrogativas y deberes u obligaciones para las partes intervinientes, generando una relación jurídica entre la Administración y los administrados. Por lo tanto, tal como sucede en toda relación jurídica, tenemos dos sujetos, uno activo, titular del derecho y otro pasivo, titular del deber correlativo. Así, existen derechos y deberes de los administrados y de la administración respectivamente.

El administrado puede ser una persona física (estudiante universitario, usuario de un servicio público) o una persona jurídica, privada o pública (contratista de obra pública, proveedor de alimentos, de computadoras; o bien una empresa pública que provee energía y debe respetar las reglas del municipio sobre ocupación del espacio público y a su vez ese municipio puede resultar usuario de esa empresa).

¹ Conf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p.19.

El reconocimiento de derechos de los administrados no significa que el individuo ejerza un poder sobre el Estado, sino que posee esos derechos como correlato de la obligación del Estado de respetar el ordenamiento jurídico. La relación jurídico-administrativa supone siempre como uno de los sujetos de esa relación al Estado o a una entidad pública estatal o no estatal en ejercicio de función administrativa y, por otro lado, a un particular (persona física o jurídica). La presencia de una relación jurídica implica siempre la existencia de dos situaciones jurídicas distintas que se especifican en la posición de los sujetos intervinientes. La situación es siempre activa para el titular del derecho y pasiva para el titular del deber correlativo de aquél.

Se entiende entonces por situación jurídico-administrativa la ubicación jurídica de cada una de las partes intervinientes en la relación jurídico-administrativa. Los administrados pueden ser entonces titulares de derechos o de deberes jurídicos. La Administración de potestades o prerrogativas y de obligaciones.

II. LAS SITUACIONES JURÍDICO SUBJETIVAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Según la intensidad de protección de los derechos de los administrados y la particularidad o exclusividad con que se los confiera y reconozca, tradicionalmente se han distinguido las siguientes categorías, a saber:

1) *Derecho subjetivo*: El derecho subjetivo es la facultad exclusiva de un particular para exigir de la Administración una acción u omisión concreta. Hay derecho subjetivo cuando se puede exigir algo a alguien, ya sea una acción o una omisión, persiguiéndose de este modo el reconocimiento o la protección de un derecho preexistente. En el campo del Derecho Administrativo, el derecho subjetivo se presenta como un poder reconocido y conferido a la persona para exigir de la Administración Pública, en el marco de una relación jurídico administrativa, una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Quien es titular de un derecho subjetivo tiene un derecho incorporado a su patrimonio, que debe ser respetado.

El derecho subjetivo puede ser perfecto o pleno o bien debilitado. Se consideran derechos subjetivos perfectos o plenos aquellos que determinados o reconocidos por la legislación, gozan del carácter de irrevocabilidad. En caso que mediere su privación por razones de interés público, deberá ser siempre mediante indemnización. Por ejemplo, el derecho a la estabilidad de un agente público; la indemnización como requisito previo de la expropiación.

Los derechos subjetivos debilitados son aquellos que mientras subsisten deben ser respetados por la Administración y por los particulares, pero pueden ser extinguidos por la Administración Pública en cualquier momento por razones de interés público, sin indemnización atento su carácter precario. Por ejemplo, el permiso que

se le otorga a un propietario de un bar para colocar sillas en la vía pública o a un vendedor de flores para poner su puesto en una plaza².

El titular del derecho subjetivo puede defenderlo en sede administrativa a través de reclamos y recursos administrativos y en sede judicial, en el orden nacional, a través de acciones contencioso administrativas (juicio ordinario o recurso judicial) y en la Provincia de Córdoba a través de la acción de plena jurisdicción. En ambas jurisdicciones, y bajo algunas condiciones, también a través de la acción de amparo.

2) *Interés legítimo*: A diferencia de lo que sucede en el caso del derecho subjetivo, que faculta en forma exclusiva a un particular a exigirle a la Administración una determinada conducta, en el interés legítimo nos encontramos por lo general con una concurrencia de individuos a quienes el ordenamiento jurídico les otorga protección especial, pero a diferencia del derecho subjetivo, tienen una situación de expectativa de reconocimiento de un derecho y no un derecho ya incorporado a su patrimonio. Se trata de un círculo definido y limitado de individuos en los que cada uno tiene un interés diferenciado en que la administración respete la legalidad. Quien defiende un interés legítimo no defiende un derecho incorporado a su patrimonio sino defiende la legalidad del obrar administrativo. Así, por ejemplo, el docente universitario que se inscribe en un concurso para seleccionar profesores, tiene un interés legítimo en que el concurso sea transparente y que se respete la reglamentación; lo mismo acontece con el oferente en una licitación pública.

Desde otro punto de vista, sin que se dé el requisito de la concurrencia de sujetos, también tiene un interés legítimo aquella persona que pretende que la Administración le reconozca un derecho. Así por ejemplo quien tiene los años de servicio y aportes jubilatorios legalmente exigidos, puede pretender obtener la jubilación; quien encuadra en determinadas previsiones legales puede pretender una exención tributaria. En estos supuestos, el sujeto no es titular de un derecho subjetivo, sino que tiene un interés legítimo en que se le reconozca el status jurídico que pretende, el que una vez reconocido, se transforma en un derecho que se incorpora a su patrimonio; o sea en un derecho subjetivo. Los titulares de intereses legítimos pueden interponer recursos y reclamos en sede administrativa y acciones contencioso administrativas en sede judicial (juicios ordinarios y recursos judiciales en el orden nacional; acciones de ilegitimidad en la Provincia de Córdoba) y eventualmente, acciones de amparo.

3) *Interés simple*: Es el que tiene todo ciudadano en que la ley se cumpla, a que funcionen bien los servicios públicos, que la administración sea eficiente, que no haya

² En este sentido, es importante reparar en los términos en que se concede un permiso de uso de dominio público puesto que, si erróneamente la Administración lo hace por un plazo determinado, el permiso deja de ser precario y la Administración debe respetar dicho plazo

corrupción, a que las calles y rutas se conserven en forma adecuada, que la ciudad esté limpia, iluminada, etc. El titular de un interés simple no tiene derecho a exigir una conducta a la Administración, ni siquiera a la cesación de la irregularidad detectada. Se trata de un interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquier ciudadano, pero no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico. Quien tiene un interés simple o un mero interés sólo puede efectuar “denuncias administrativas”³, esto es, poner en conocimiento de la autoridad lo que él entiende que se está haciendo en forma incorrecta. Puede acudir a los medios de prensa, publicar solicitudes, pero no tiene tutela jurídica para interponer recursos en sede administrativa o acciones judiciales. No obstante, al titular del interés simple la legislación nacional (decreto 1172/2003, B.O. 04/12/03) le reconoció la posibilidad de acceso a la información pública, a la elaboración participativa de normas y a intervenir en audiencias públicas llevadas a cabo por los entes reguladores de servicios públicos. En igual sentido el art. 4° de la ley 27.275 (Acceso a la Información Pública, B.O. 29/09/2016), reconoce legitimación activa a toda persona humana o jurídica, pública o privada, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo. También la Ley 8803 (B.O. 15/11/99) de la Provincia de Córdoba en relación al llamado “conocimiento de los actos del Estado”. La Procuración del Tesoro ha entendido que la diferenciación entre el interés legítimo y el interés simple tiende a evitar la acción popular, que permitiría a cualquier particular interponer recursos sobre la base de la defensa de intereses generales de la sociedad sin un agravio personal y propio⁴.

A modo de ilustrar como juegan estas tres situaciones, pensemos en el siguiente ejemplo. Como ciudadanos, tenemos un interés simple o mero interés en que un

³ Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Córdoba, N° 6658. Facultad de denunciar. **Artículo 72.** Toda persona que tuviere conocimiento de la violación de Leyes, Decretos o resoluciones administrativas por parte de órganos de la Administración, podrá denunciarlo a la autoridad competente. Forma de la denuncia. **Artículo 73.** La denuncia podrá hacerse por escrito o verbalmente, personalmente o por representante o mandatario. La denuncia escrita debe ser firmada— cuando sea verbal, se labrará acta. En ambos casos el funcionario interviniente comprobará y hará constar la identidad del denunciante. Contenido de la denuncia. **Artículo 74.** La denuncia deberá contener de un modo claro, en cuanto sea posible, la relación del hecho, con las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución, y la indicación de sus autores y partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación. Situación del denunciante en el procedimiento. **Artículo 75.** El denunciante no es parte en las actuaciones, salvo cuando por la denuncia se pretenda o reclame algún derecho. (Nota de los autores: Repárese que cuando el denunciante procura la satisfacción de un interés individual, la denuncia se convierte en reclamo, y evidentemente su situación jurídica ya no podrá ser un simple interés. Por eso entendemos errónea la factura de este artículo). Trámite de la denuncia formulada **Artículo 76.** Presentada una denuncia, el funcionario que la reciba la elevará de inmediato a la autoridad superior de la dependencia, si no hubiera sido radicada directamente ante la misma, y ésta deberá practicar las diligencias preventivas necesarias, dando oportuna intervención al órgano administrativo competente.

⁴ Dictámenes: 197/127.

proceso licitatorio, por ejemplo, para la informatización de una repartición, o para la concesión de un corredor de transporte público sea llevada a cabo de la forma más transparente posible, que se adjudique la oferta más conveniente, que no haya corrupción en el procedimiento, etc. Pero si somos una empresa que tiene intenciones de postularse en la licitación, como potenciales oferentes, desde el momento de haber adquirido el pliego licitatorio y luego con la presentación de la oferta, tenemos un interés legítimo, personal y directo en que en dicho procedimiento de selección haya transparencia y se respete la legalidad, interés que es concurrente con los demás oferentes. Finalmente, si salimos adjudicados, y dicha adjudicación queda firme, tenemos ya un derecho subjetivo en la celebración y ejecución del contrato.

4) *Derechos de incidencia colectiva:* La reforma constitucional del año 1994 introdujo los llamados “Derechos de incidencia colectiva” aludiendo a título ejemplificativo al derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al de los usuarios y consumidores y a la defensa del patrimonio cultural. La particularidad de estos derechos es que concierne a la colectividad en general (derecho a un ambiente sano) o a un grupo o categoría en especial (consumidores, usuarios). Independientemente de esta distinción, en ambos casos se les reconoce legitimación procesal a cualquiera de los afectados para interponer una acción judicial de amparo (art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional), la que tiene como característica que sus efectos trascienden la clásica regla del efecto entre partes, para expandirse hacia todos (erga omnes) los que se ubican en la misma situación. Además, la Constitución Nacional le reconoce legitimación al Defensor del Pueblo de la Nación y a las Asociaciones que tengan por finalidad la defensa de dichos intereses.

Con respecto al alcance del término “afectado” LORENZETTI⁵ expresa que no ha sido fácil la determinación del significado de este vocablo. Explica que ya el primer párrafo del art. 43 de la CN habilita justamente a quien ha padecido la amenaza o vulneración misma a uno de sus derechos, es decir, el afectado particular, titular de una prerrogativa jurídica individualizada por la ley y que es puesta en riesgo o menoscabada mediante el acto u omisión lesivos, por lo que el concepto de “afectado” del segundo párrafo no puede aludir al mismo legitimado, ya que no se puede presumir la inconsecuencia del legislador. Por ello, refiere el citado autor, que hubo que definir el significado de este vocablo, frente a lo cual surgieron dos corrientes: Una restringida, que parte de la tradicional concepción de derecho subjetivo y limita la titularidad del poder de acción al agraviado en un derecho propio o sea el particular damnificado⁶, y otra amplia, según la cual se trata de un sujeto que tiene un interés compartido con otros integrantes del grupo. Pero esta cotitularidad opuesta a la sin-

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2010, p. 140.

⁶ Postura de BARRA y CASSAGNE.

gularidad del damnificado concreto del primer párrafo del art. 43, no obsta a que el afectado pueda acreditar un daño diferenciado que constituye una suerte de "cuota parte" del agravio total⁷.

En relación a la actuación del Defensor del Pueblo, su consagración a nivel constitucional (art. 86), le asegura una legitimación funcional cuyo alcance ha demostrado dificultades a la luz de la doctrina judicial de la Corte. En particular, se ha establecido que no corresponde su actuación respecto de reclamos patrimoniales, pues ellos pueden ser asumidos por sus titulares⁸ y que su actuación tiene carácter adhesiva respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el art. 43, segundo párrafo de la CN. Con respecto a las asociaciones a que alude la cláusula constitucional, debe tratarse de aquellas cuyo objeto social tenga que ver con la defensa de este tipo de derechos, registradas conforme a la ley, la que, según el constituyente, determinaría los requisitos y formas de su organización. Sin embargo, a más de 20 años de la reforma constitucional, dicha ley nunca se ha dictado, por lo que, en la mayoría de los casos, los jueces tuvieron que optar entre habilitar la legitimación a pesar de la falta de reglamentación o incurrir en una denegación de justicia. En la mayoría de los casos, los tribunales tuvieron un criterio amplio, pero verificando cuidadosamente que la finalidad de la asociación fuere acorde con el objeto demandado y tuviera un esquema de organización con alguna formalidad asociativa de la que surjan sus fines, a los efectos que le sea reconocida su legitimación procesal⁹.

El reconocimiento constitucional a esta clase de derechos produjo un gran avance en el derecho argentino, puesto que muchas situaciones que a tenor del texto constitucional pueden tener tutela a través de la acción de amparo prevista en el segundo párrafo del art. 43 de la CN, por ejemplo la defensa del usuario de servicios públicos o la protección de la ecología, en tiempos no muy lejanos eran catalogadas como de intereses simples o meros intereses y por lo tanto, se encontraban fuera de toda protección. Recordemos el revuelo que provocó en la década de los '80 la decisión de un juez de disponer la prohibición de la captura de especies marinas en peligro de extinción — el famoso caso "Kattán"¹⁰ — que mereció fervientes críticas por parte de la doctrina (entre ellas del Profesor Miguel MARIENHOFF)¹¹ por cuanto se entendió que a través de ese fallo se había reconocido tutela judicial al interés simple. Imaginemos también que por entonces un ciudadano invocando ser usuario de un

⁷ Sostenida por la mayoría de los autores, por ejemplo, Quiroga Lavie, Rosatti, Bidart Campos, Gelli, entre otros.

⁸ CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional", Fallos: 330:2800 (2007).

⁹ Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., p. 153.

¹⁰ Juzgado de 1ª instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, 10/05/83, "Kattán, Alberto y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional", ED, 105-245.

¹¹ Delfines o toninas y acción popular", ED, 105-244.

servicio público lograra a través de una acción judicial frenar un aumento de tarifas aprobado en forma irregular. Son todas estas cuestiones que por entonces se hace impensable que hubieran gozado de protección judicial. En cambio, hoy en día, son situaciones que aparecen como normales. Asimismo, el impacto de esta nueva categoría de derechos que ha tenido su más ilustrada conceptualización por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Halabi"¹², que será comentado más adelante, ha puesto en jaque a la tradicional clasificación tripartita de derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples, como categorías subjetivas ya superadas y anacrónicas, postura que ya venía propiciando la doctrina y que ha tenido consagración legislativa en los más modernos códigos contencioso administrativos de nuestro país, donde se ha eliminado la mención a las mentadas categorías. Por el contrario, privilegiando el derecho de acceso a la jurisdicción, en general los modernos códigos procesales vinculados a esta materia hacen alusión más bien a situaciones que puedan ser objeto de tutela judicial o a la existencia de un caso susceptible de dicha protección. En efecto, para que exista un "caso judicial" es menester que se esté frente a un conflicto de partes, que dicho conflicto merezca del poder judicial una respuesta pacificadora y que la pretensión de que se trate no requiera del Poder Judicial una mera declaración en abstracto, hipotética o conjetural, sino que una vez inclinado el fiel de la balanza la sentencia pueda ser eficazmente cumplida. En otras palabras, no se le puede pedir al Poder Judicial que haga declaraciones en abstracto o que se convierta en un ejecutor de la voluntad de los ciudadanos, que disconformes con las políticas de Estado llevadas a cabo por el Poder Administrador pretendan arrancar de los jueces decisiones de esa naturaleza, en abierta violación al sistema de división de poderes¹³.

Así, por ejemplo, el Proyecto de Código en lo Contencioso Administrativo Federal elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Senado de la Nación con fecha 21/12/98, en su art. 5° estableció: "*Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*". Esta fórmula fue asimismo adoptada por el Código Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.008 y sus modificatorias) al consignar su art. 13: "*Legitimación activa. Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*". También el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de

¹² CSJN, Fallos: 332:111 (2009).

¹³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antaño tiene dicho que "es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos" y que "no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas" (Fallos: 2:254 y 236:673 entre muchos otros).

Buenos Aires (Ley 189) en su art. 6° indica que *"Pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico [...]"*.

Como vemos, dos de los más modernos cuerpos legales de nuestro país dictados sobre la materia contencioso administrativa prescinden de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo lo que no es un dato menor, sino que demuestra la tendencia que hemos anunciado precedentemente. Por ello, insistimos que si alguna vez en el ámbito nacional se llega a dictar un código contencioso administrativo federal (ya que muchos han sido los intentos frustrados), el mismo deberá superar las añejas antinomias entre derecho subjetivo e interés legítimo, siendo suficiente para la apertura de la jurisdicción la existencia de un caso o controversia en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 1° de la Ley 27, lo que se configura con la pretensión de cualquier persona que acredite la afectación legítima de su esfera o círculo vital de intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha transitado por esta línea de pensamiento al señalar que *"La comprobación que existe un 'caso', constituye un recaudo básico e ineludible, de neta raigambre constitucional, que reconoce su origen en la división de poderes"*, como además que *"el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio —la afectación de un interés jurídicamente protegido— de orden personal, particularizado, concreto y además, susceptible de tratamiento judicial"*¹⁴.

III. EL INTERÉS INDIVIDUAL Y EL COLECTIVO

Repasemos las categorías de sujetos legitimados para interponer una acción de amparo colectiva, según lo dispone el art. 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional: el afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, registradas conforme los requisitos que establecerá —alguna vez— la ley reglamentaria.

¿Basta que exista una sumatoria de derechos individuales afectados para que sea posible iniciar una acción de amparo colectiva? ¿Hasta qué punto la posible afectación de múltiples derechos subjetivos individuales puede subsumirse en una representación colectiva? En una oportunidad el Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Córdoba accionó en representación de todos sus matriculados promoviendo una acción de amparo a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de las normas que prohíben la presentación de balances ajustados por inflación, a los efectos del pago del Impuesto a las Ganancias. Al respecto, la Cámara Federal de Córdoba des-

tacó la manifiesta falta de legitimación procesal activa de la actora entendiendo que el sujeto al que está dirigida la carga patrimonial de un tributo cuyo hecho imponible tuvo en cuenta su capacidad contributiva es el único legitimado para promover acciones de este tipo, por ser éste el único portador de un interés personal y directo susceptible de tutela judicial¹⁵. En un sentido similar se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo de demandas promovidas por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y por el Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos impugnando la constitucionalidad del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (monotributo, creado por ley 24.977)¹⁶, como además por la Cámara de Comercio e Industria y Producción de Resistencia cuestionando la reforma fiscal introducida por la ley 25.239¹⁷, pronunciamientos que analizaremos en el próximo acápite.

También en esta línea se enmarca el decisorio de la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba, recaído en los autos *"Gremio AEFIP y otros gremios c/ Estado Nacional —PEN y otro— amparo ley 16986"* (Expte. N° FCB 19301/2013/CA1), del 26 de junio de 2014, donde se le denegó representación colectiva a diversos gremios de la Provincia de Córdoba que cuestionaban el modo de cálculo del impuesto a las ganancias deducido sobre el salario de los trabajadores. En suma, podemos afirmar que la suma de intereses individuales no genera la posibilidad de ser representados en una acción colectiva, cuando tales intereses se reducen a cuestiones patrimoniales derivadas de relaciones jurídicas individuales, tal como ha ocurrido en estos precedentes, en que se trató de la relación jurídica tributaria entre contribuyentes y la Administración. A partir del fallo Halabi¹⁸, como veremos más adelante, para que proceda la representación colectiva en estos casos debe tratarse de intereses individuales homogéneos, que justifique una acción colectiva en orden a la economía procesal de tramitar una sola acción que aglutine intereses concurrentes, lo que a veces, vistos individualmente resultan de insuficiente significancia como para embarcarse en una acción judicial.

¹⁵ Ver *in extenso*: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala "A" de fecha 15/10/03, "Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Córdoba c/ Est. Nac. y otros - Amparo" con comentario de ÁVALOS, Eduardo, "Ajuste por inflación: medidas cautelares y legitimación", *Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, N° 12, Advocatus, Córdoba, 2003, ps. 129 y ss.

¹⁶ CSJN, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ E.N. M.E. y O.S.P. s/ amparo" - ley 16.986 (sentencia del 07/10/03) y "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ acción de amparo" Fallos: 326:2998 (2003).

¹⁷ CSJN, "Cámara de Comercio e Ind. y Prod. de Rcia. c/ AFIP s/ amparo", Fallos: 326:3007 (2003).

¹⁸ CSJN, Fallos: 332:111 (2009).

¹⁴ CSJN, "Prodelco", Fallos: 321:1252 (1998).

IV. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. SU EVOLUCIÓN

Resulta útil y esclarecedor examinar cómo fue evolucionando la jurisprudencia, la que paulatinamente fue marcando los ejes centrales de los procesos colectivos preparando el camino de su consagración definitiva que ocurrió con el ya mencionado caso "*Halabi*". De este modo antes de la reforma constitucional podemos mencionar un caso que fue precursor en la materia y que ya mencionamos anteriormente. Se trató de una sentencia de primera instancia que quedó firme, emitida por un juzgado en lo contencioso administrativo federal de la ciudad de Buenos Aires recaída en el expediente "*Kattán, Alberto y otros c/ Estado Nacional*"¹⁹ a través de la cual se hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por particulares para impedir la caza y posterior exportación por parte de empresas japonesas de ejemplares de delfines o toninas, que fuera autorizada por el Gobierno Nacional. Repárese que dicho pronunciamiento tuvo lugar diez años antes de la reforma constitucional de 1994, época en que se consideraba que los titulares de dicha pretensión sólo poseían un interés simple y por lo tanto carecían de legitimación para entablar dicha acción, por lo que el referido precedente fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina²⁰.

También, podemos apuntar otro antecedente, donde se negó la admisibilidad de la acción de amparo a un abogado que pretendía obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto 2272/84 por el cual el Poder Ejecutivo había convocado a una consulta popular sobre el diferendo de límites entre nuestro país y Chile en la zona del canal de Beagle. Así, en la causa "*Baeza*"²¹ el Alto Tribunal expresó que no existía un "caso judicial" al procurarse la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de los otros poderes. Asimismo, en "*Constantino Lorenzo*"²² se rechazó la pretensión de impugnar la aprobación del Tratado de Paz y Amistad firmado con la República de Chile y la validez de dos decretos nacionales, que el petionario había fundado en su derecho de defender las instituciones y la integridad de la Nación al igual que en "*Zaratiegui, Horacio y otros c. Estado nacional s/ nulidad de acto legislativo*"²³, donde la Corte adoptó esa postura con relación al pedido de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del citado tratado, que los actores habían basado en el interés que tenía todo ciudadano argentino a conservar la soberanía territorial.

¹⁹ ED, 105-245.

²⁰ Ver MARIENHOFF, Miguel, "Delfines o toninas y acción popular", ED, 105-245, antes citado.

²¹ CSJN, Fallos: 306:1125 (1984).

²² CSJN, Fallos: 307:2384 (1985).

²³ CSJN, Fallos: 311:2580 (1988).

Un caso paradigmático fue "*Dromi, s/ avocación en autos Fontela c/ Estado Nacional*"²⁴ oportunidad en que un legislador opositor al gobierno había planteado la ilegitimidad del proceso de privatización de Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado, obteniendo una medida cautelar en primera instancia. Ante ello, el propio ministro de Obras Públicas, invocando razones de gravedad institucional, se presentó directamente ante la Corte Suprema, solicitando la revocación de la medida. El Tribunal, aceptó su jurisdicción, sorteando de este modo la intervención de la Cámara Federal de Apelaciones, con lo que quedó consagrado jurisprudencialmente el llamado "*per saltum*" o "*recurso por salto de instancia*", que tuvo un breve reconocimiento legislativo durante el llamado "*corralito financiero*" para consolidarse definitivamente con la ley 26.790 (B.O. 04/12/12) vigente en la actualidad. Lo cierto es que sobre el fondo de la cuestión el Tribunal entendió que la sola condición de ciudadano del actor no era suficiente para instar la jurisdicción; como tampoco su condición de legislador puesto que no le confería legitimación a Fontela, su invocada "*representación del pueblo*" con base en la calidad de diputado nacional que investía. Esto es así, señaló el Alto Tribunal, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Agregó que tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitimaba para actuar en "*resguardo de la división de poderes*" ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representaba en juicio. Esta tesitura fue ratificada posteriormente en el caso "*Rodríguez Jorge en Nieva, Alejandro y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional*"²⁵ en el que un grupo de legisladores interpusieron una acción de amparo en contra de los decretos que dispusieron la convocatoria a una licitación pública para la concesión de los servicios aeroportuarios y creación del ente regulador respectivo.

De gran trascendencia fue el decisivo del Alto Tribunal al filo de la reforma constitucional en "*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros*"²⁶ donde se admitió la legitimación del actor para solicitar se condene al conductor de un programa de televisión a leer una carta documento que aquél le remitiera, por haberse agraviado el sentimiento religioso de los ciudadanos católicos como consecuencia de expresiones vertidas en dicho programa. Se le reconoció al accionante el "*derecho de rectificación o respuesta*" con un alcance orientado a la defensa de un bien colectivo.

²⁴ CSJN, Fallos: 313-863 (1990).

²⁵ CSJN, Fallos: 320:2851 (1997).

²⁶ CSJN, Fallos: 315:1492, (1992).

Tras la reforma constitucional, hubo una sucesión de pronunciamientos que fueron interpretando las cláusulas del art. 43 de la CN que trataremos de sintetizar a continuación. En "*Consumidores Libres*"²⁷ la Corte, con un criterio más bien restrictivo negó legitimación a una asociación de consumidores que cuestionaron la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por medio del decreto 702/95. Para ello, el Tribunal sostuvo que los demandantes no pudieron demostrar la existencia de un agravio diferenciado respecto de la situación en que se encuentran los demás ciudadanos, no pudiendo fundar su legitimación en el interés general que se cumplan la Constitución y las leyes. En "*A.G.U.E.E.R.A.*"²⁸ la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina, interpuso una acción declarativa en contra de la Provincia de Buenos Aires y el Ente Provincial Regulador Energético con el objeto que se declaren inconstitucionales decretos provinciales que gravaban el consumo de energía eléctrica en jurisdicción provincial. Lo interesante del caso es que se trataba de una acción ordinaria y no de un amparo en los términos del art. 43 de la CN. La Corte, con remisión al dictamen del Procurador entendió, luego de reconocer la legitimación de la asociación, que la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no constituía un óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo. Expresó que tal analogía había sido advertida por esa Corte al señalar que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, ya sea bajo la forma del amparo, de la acción de mera certeza o del juicio sumario en materia constitucional, y que la similitud entre ambas acciones también se desprende de la doctrina de diversos precedentes en los cuales se consideró evidente que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos.

En "*Prodelco*"²⁹, dicha asociación de consumidores interpuso una acción de amparo a fin que se declare la ilegitimidad de la modificación de la estructura tarifaria del servicio básico telefónico, denominado "*rebalanceo telefónico*", modificación que beneficiaba a algunos usuarios y perjudicaba a otros, en base a su ubicación geográfica. A su vez, se sumaron a esta acción, otros reclamos judiciales, pero en sentido opuesto, como el presentado por la Unión Industrial de Córdoba, para que se declarara legítima y constitucional la modificación tarifaria. Con esto, se llegó al extremo de existir medidas cautelares en sentido contrario y con alcance erga omnes,

situación que puso de relieve la Corte, cuestionando en duros términos la extralimitación de la jurisdicción de los tribunales federales más allá de los casos o controversias concretas, en forma contradictoria y objetando también la legitimación de la actora encuadrada como intereses generales identificados como el de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno.

En "*Asociación Benghalensis*"³⁰ el Alto Tribunal hizo lugar a un amparo presentado por diversas asociaciones dedicadas a la lucha contra el SIDA, a fin que se ordene al Estado cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de las personas que sufrían dicha enfermedad y que se provea medicamentos y reactivos necesarios en los distintos centros de atención. La Corte expresamente reconoció la existencia de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud.

En "*Mignone*"³¹ el actor en su carácter de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promovió acción de amparo con el objeto de que el Estado garantice el derecho a sufragar de las personas detenidas sin condena, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. La mayoría de los jueces de la Corte, previo a reconducir la acción como hábeas corpus colectivo, admitió la legitimación del CELS para demandar y sobre el fondo del asunto reconoció la inconstitucionalidad del art. 3° inc. d del Código Electoral Nacional. En la causa "*Sindicato Argentino de Docentes Particulares*"³² el Máximo Tribunal reconoció la legitimación del sindicato y confirmó la sentencia de la instancia anterior que había declarado la inconstitucionalidad del decreto 1123/99 que había modificado el régimen de asignaciones familiares en perjuicio de trabajadores de instituciones universitarias privadas.

Sumamente esclarecedores resultaron tres pronunciamientos del máximo tribunal, donde tuvo oportunidad de distinguir el derecho de incidencia colectiva, de la pluralidad de derechos individuales patrimoniales invocados por una cámara empresarial o un colegio profesional. Así en las causas "*Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia*"³³ dicha entidad inició sendas acciones de amparo cuestionando las resoluciones generales de la AFIP que establecieron el régimen de facturación y emisión de comprobantes por medio de "controladores fiscales" y por otro lado, la inconstitucionalidad de la reforma a la ley de procedimiento tributario N° 11.683 a través de la ley 25.239, que dotaba de numerosas potestades al fisco en el marco de los juicios de ejecución fiscal. A su vez en "*Colegio de Fonoaudiólogos*

²⁷ CSJN, Fallos: 321:1352 (1998).

²⁸ CSJN, Fallos: 320:690 (1997).

²⁹ CSJN, Fallos: 321:1252 (1998).

³⁰ CSJN, Fallos: 323:1339 (2000).

³¹ CSJN, Fallos: 325:524 (2002).

³² CSJN, Fallos: 326:2150 (2003).

³³ CSJN, "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Resistencia c/ Administración Federal de Ingresos Públicos", Fallos: 325:669 (2002) y "Cámara de Comercio, Industria y Producción c/A.F.I.P.", Fallos: 326:3007 (2003).

de *Entre Ríos*³⁴ se cuestionó el régimen simplificado para pequeños contribuyentes (monotributo). En los tres casos, la Corte federal revocó los decisorios de la instancia anterior que habían hecho lugar a las demandas. Para así resolver el Tribunal tuvo en cuenta fundamentalmente, en el primer caso la existencia de planteos genéricos, sin particularizar en el caso específico la supuesta violación a los derechos de trabajar y ejercer industria lícita, ni reproducirse tal perjuicio en el colectivo por el cual la entidad empresarial actuaba; y en los otros dos, profundizó la distinción entre un derecho individual de contenido patrimonial cuya tutela corresponde a cada uno de los afectados, de los derechos de incidencia colectiva mencionados en el segundo párrafo del art. 43 de la CN. En suma, la supuesta lesión de una sumatoria de derechos subjetivos patrimoniales no transforma la pretensión en colectiva en los términos señalados, máxime cuando se trata de cuestiones de naturaleza tributaria, donde dicha relación jurídica entre el fisco y el contribuyente es de eminente carácter individual y personal.

En "*Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*"³⁵ dicha asociación civil inició acción de amparo solicitando la nulidad de la Resolución 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación que modificando el Programa Médico Obligatorio (PMO), excluyó del correspondiente tratamiento a ciertos pacientes que sufrían esa enfermedad. A dicha demanda adhirió el Defensor del Pueblo. La Corte rechazó la legitimación del Defensor del Pueblo entendiendo que la ley 24.284 impide su intervención cuando las personas interesadas planteen recursos administrativos o inicien acciones judiciales. Sobre lo demás, el Tribunal aceptó la legitimación de la asociación y confirmó el decisorio en relación a la ilegitimidad de la modificación del PMO en perjuicio del derecho a la salud de quienes padecen esa enfermedad.

Otro importante hito fue lo decidido por la Corte en el caso "*Verbitsky*"³⁶ oportunidad en que el Alto Tribunal reconoció al Centro de Estudios Legales y Sociales legitimación para interponer un habeas corpus correctivo en favor de las personas detenidas en las comisarias bonaerenses y ordenó al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires que revirtiera las condiciones inhumanas de confinamiento existentes. El Centro de Estudios Legales y Sociales interpuso un habeas corpus en representación de todas las personas detenidas en prisiones y comisarias de la Provincia de Buenos Aires. Relató que los detenidos, incluidos mujeres y menores, padecían condiciones de superpoblación y hacinamiento porque los calabozos estaban en un estado deplorable de conservación e higiene. El Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires rechazó el habeas corpus, al considerar que debía anali-

zarse cada caso en concreto. A través de un recurso extraordinario, la Corte consideró que la presencia de adolescentes y enfermos en establecimientos policiales y/o en comisarias superpobladas de la Provincia de Buenos Aires era susceptible de configurar un trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos y generar responsabilidad del Estado Nacional, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas. Por este motivo, sostuvo que, dado que dicha situación ponía en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial y generaba condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo, debía instruirse a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los demás tribunales de dicha provincia para que hicieran cesar urgentemente el agravamiento o la detención misma. Por otra parte, reconoció legitimación al Centro de Estudios Legales y Sociales para interponer el habeas corpus colectivo a pesar de que la Constitución Nacional no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible en forma colectiva. En consecuencia, fijó los estándares de protección de los derechos de los presos que los distintos poderes provinciales deben respetar para cumplir con el mandato de la Constitución Nacional y con los pactos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. También ordenó a la justicia provincial a verificar y remediar las condiciones indignas de detención de los presos detenidos a su disposición, así como disponer la inmediata libertad de los adolescentes y enfermos detenidos en comisarias. Por último, exhortó a los poderes ejecutivos y legislativos provinciales a revisar la legislación que regulaba la excarcelación y la ejecución penitenciaria y a tomar como parámetro la legislación nacional en la materia. Para asegurar una solución efectiva y sólida a esta situación, la Corte recomendó que se conformara una mesa de diálogo en la que intervinieran las autoridades provinciales y las organizaciones de la sociedad civil y retuvo el poder de controlar la adopción de las medidas ordenadas en el fallo.

En el caso "*Ministerio de Salud*"³⁷ un grupo de médicos del Hospital Materno Infantil de la Provincia de Salta y dos asociaciones médicas del lugar interpusieron acción de amparo en contra de la Provincia de Salta a fin que se ordene superar la grave deficiencia de infraestructura, equipamientos, insumos y recursos humanos de ese hospital. Concretamente los amparistas solicitaron que se condenara el Ministerio de Salud a tomar las medidas urgentes de reestructuramiento y reequipamiento generales, la reconstrucción de quirófanos, reacondicionamiento de las salas de atención, incorporándose servicios de higiene adecuada, provisión de medicamentos indispensables, cubriéndose las mínimas exigencias requeridas por los Jefes de Servicio de las distintas áreas del Hospital. La Corte Federal, revocando lo decidido por la Corte provincial

³⁴ CSJN, "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional", Fallos: 326:2998 (2003).

³⁵ CSJN, Fallos: 326:4931 (2003).

³⁶ CSJN, Fallos: 328:1146 (2005).

³⁷ CSJN, Fallos 329:4741 (2006).

entendió que ésta no había dado adecuada respuesta a planteos conducentes de la actora tendientes a demostrar que —por la naturaleza de los daños invocados, por encontrarse en juego el derecho a la salud y por los numerosos reclamos infructuosos realizados ante el hospital y el Ministerio de Salud— la tutela de sus derechos no encontraría adecuado cauce por las vías ordinarias.

Entendió, asimismo, que constituía un exceso de rigor formal sostener que no se había planteado un conflicto concreto de derechos entre partes adversas y, por lo tanto, no se ha configurado una “causa” en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional. Ello es así, pues surgía claramente de las constancias del expediente que los amparistas pretendían la determinación concreta de los derechos en juego, quienes explicaron en forma precisa cómo la situación precaria del hospital afectaba sus derechos a la salud y a trabajar en condiciones dignas y equitativas. Por otro lado, que esa situación era el resultado de la omisión arbitraria e ilegítima de la provincia, que no cumplía con sus obligaciones positivas para garantizar el ejercicio de esos derechos. En tales condiciones, no pudo válidamente afirmarse —tal como lo hizo el *a quo*— que la sentencia tendría un sentido meramente teórico o conjetural, ya que la decisión en este caso tendría incidencia concreta en los intereses y derechos de las partes.

En lo relativo a causas colectivas medioambientales, la originada por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo es el mayor referente en nuestro país. Así en “*Mendoza*”³⁸, los actores, un grupo de vecinos de la cuenca Matanza-Riachuelo, en ejercicio de derechos propios y/o representación de sus hijos menores, demandaron ante la Corte Suprema, en instancia originaria, al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y 44 empresas que desarrollaban su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Matanza-Riachuelo, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación ambiental de dicho río. Asimismo, acumularon a dicha acción la pretensión de que se condene a los demandados a fin de dar término y recomponer la situación que denunciaron. La Corte consideró que tenía prioridad absoluta la prevención del daño futuro, en segundo término, la recomposición de la polución ambiental ya causada y por último el resarcimiento de daños irreversibles. Declaró que ese Tribunal era competente en instancia originaria para atender la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y resarcir un daño de incidencia colectiva por el carácter federal de la materia en debate. Sin embargo, afirmó que no correspondía a la competencia originaria y exclusiva de la Corte, acumular a dicha pretensión reclamos resarcitorios por lesión a derechos individuales como consecuencia indirecta de la agresión al

ambiente, por no verificarse el requisito de “*causa civil*” establecido en el Reglamento para la Justicia Nacional, en tanto el daño alegado era atribuible a la inactividad u omisión de los demandados en el ejercicio del poder de policía. Por este motivo, consideró que los daños y perjuicios individuales debían ser evaluados caso por caso por tribunales inferiores. Entre una serie de medidas que adoptó, requirió a las empresas demandadas a que presentaran información relativa a qué sustancias arrojaban en el río, si tenían sistemas para su tratamiento y si estaban aseguradas para garantizar la reparación de posibles daños. Asimismo, requirió al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al Consejo Federal de Medio Ambiente a que presentaran un plan integrado de saneamiento, el que debía contener un estudio sobre el impacto ambiental que producían todas las empresas instaladas en el área afectada y la elaboración de programas de educación e información pública sobre el tema. Finalmente, decidió convocar a una audiencia pública para que las partes informaran en forma oral y pública el contenido de lo solicitado. Ante el incumplimiento parcial de lo receptado por la sentencia anterior, la Corte decidió emitir un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión, donde estableció una extensa lista de acciones obligatorias que incluyeron detener la contaminación, sanear y erradicar basurales, limpiar la ribera del río, construir desagües y cloacas, expandir la red de agua potable e implementar un plan sanitario de emergencia para asistir a la población afectada por enfermedades. Además, el fallo impuso plazos para la ejecución de las medidas ordenadas y sanciones en caso de incumplimiento. A efectos de asegurar la participación ciudadana y la transparencia del proceso, la Corte dispuso que el Defensor del Pueblo coordine la intervención de las ONGs presentadas en la causa y que la Auditoría General de la Nación realice el control sobre la asignación de fondos y la ejecución del plan de saneamiento. El caso no está aún cerrado ya que el cumplimiento de las medidas dispuestas por la sentencia es supervisado por un Juzgado Federal de Quilmes.

Ese mismo año la Corte resolvió el caso “*Mujeres por la Vida*”³⁹ en el que la mayoría confirmó legitimación a la actora para interponer una demanda de amparo a fin que se ordene al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación que suspenda en todo el territorio de la Nación el “Programa Nacional de Salud Social y Procreación Responsable”. Las disidencias de los jueces que rechazaron la legitimación (Lorenzetti y Argibay) entendieron por un lado que no hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país hayan delegado a una asociación la definición de sus estilos de vida en la materia de que se trata, y que el reconocimiento de la legitimación a la actora conllevaría además la vulneración del derecho de defensa en juicio

³⁸ CSJN, Fallos: 329:2316 (2006).

³⁹ CSJN, Fallos: 329:4593 (2006).

de quienes no han participado en ese proceso y serían afectados por una decisión sin que se hubiera escuchado su opinión; por otro lado, que ninguna norma jurídica ha colectivizado la vida sexual ni las decisiones sobre el uso de anticonceptivos de modo tal que el grupo social como tal pueda sustituir a los individuos en esas elecciones.

Se ha dicho, que este precedente puso de manifiesto dos puntos álgidos en torno a los procesos colectivos: a) cómo se concilia la legitimación amplia con el derecho de defensa de quienes, de hecho, integran el "grupo" afectado, pero no han manifestado su voluntad de consentir la representación ni la defensa del interés que se dice vulnerado o amenazado; b) qué tipo de intereses, por íntimos, sensibles o personalísimos, quedan fuera del marco del proceso colectivo, salvo expresa e inequívoca aceptación de su defensa masiva⁴⁰.

En el caso "*Defensor del Pueblo de la Nación*"⁴¹ se debatía el planteo de inconstitucionalidad de la legislación de emergencia que dispuso una restricción a la extracción de depósitos bancarios (corralito financiero) deducido por el Defensor del Pueblo de la Nación. El tribunal resolvió rechazar el amparo porque se trataba de derechos patrimoniales individuales (depositantes de dinero en el sistema financiero) cuyo ejercicio y tutela correspondían exclusivamente a cada uno de los afectados. En "*Ramírez*"⁴² una persona en su condición de pescador comercial domiciliado en la Provincia de Misiones inició una acción de daños y perjuicios con el objeto que el Estado lo indemnice por la disminución de peces en el río Paraná como consecuencia de la construcción y funcionamiento de la represa hidroeléctrica binacional Yaciretá. La mayoría del Tribunal entendió que no se configuraba un "caso" por falta de perjuicio concreto debidamente demostrado, negando responsabilidad del Estado como garante de ventajas económicas por no tener el deber legal de hacerlo. En "*Zatloukal*"⁴³ el actor promovió una acción de amparo impugnando la Resolución del Ministerio de Economía 125/08 sobre retenciones móviles a las exportaciones de productos agrícolas. Lo hizo en su carácter de consumidor entendiendo que dicha normativa encarecía y ponía en peligro el abastecimiento de productos indispensables. La Corte rechazó el planteo argumentando la inexistencia de un agravio diferenciado, distinto a la situación en que se pudieran encontrar los demás ciudadanos, insuficiente para tener por configurado un "caso" contencioso. A igual solución arribó el Alto Tribunal en el caso "*Tamuzzi*"⁴⁴ en el cual el actor había solicitado se ordenase al Poder Ejecutivo y a la Provincia de Entre Ríos el inmediato desbloqueo de la ruta 136, que estaba cortada por asambleístas que protestaban en contra

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., p. 51.

⁴¹ CSJN, Fallos: 330:2800 (2007).

⁴² CSJN, "*Ramírez*", Fallos: 330:2548 (2007).

⁴³ CSJN, Fallos: 331:1364 (2008).

⁴⁴ CSJN, Fallos: 331:2287 (2008).

de la pastera Botnia en Uruguay, a fin de permitirle el libre tránsito por el Puente Internacional General San Martín (Guaqueguaychú - Fray Bentos), invocando que por razones personales debía viajar a esta última localidad

V. EL CASO "HALABI"⁴⁵

Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (B.O. 09/02/04) y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones⁴⁶ vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos". Alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscababa el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostentaba en las comunicaciones con sus clientes.

La magistrada de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. A ese efecto sostuvo que: a) no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada; b) de los antecedentes de derecho comparado surgía que diversas legislaciones extranjeras tomaron precauciones para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad, por ejemplo limitaron el tiempo de guarda de los datos aspecto que no fue considerado en este proyecto; c) las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarías captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial; d) aquéllas están redactadas de tal manera que crean el riesgo de que los datos captados sean utilizados para fines distintos de los que ella prevé; e) el Poder Ejecutivo se excedió en la reglamentación de la ley al dic-

⁴⁵ CSJN, Fallos: 332:111 (2009).

⁴⁶ Esa norma incorporó a la ley 19.798 de regulación del servicio de telecomunicaciones los artículos 45 bis, ter y quater que, en síntesis, preveían que: a) los prestadores de telecomunicaciones deberán disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente; b) los costos deberán ser soportados por los prestadores y el servicio deberá estar disponible en todo momento; c) los prestadores deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público; d) esa información deberá ser conservada por diez años; e) el Estado Nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida por el mecanismo previsto. A su turno, el decreto 1563/04 reglamentó la norma legal pero su aplicación fue suspendida más tarde por el decreto 357/05, pero no implicó su exclusión del ordenamiento jurídico y, por ende, el precepto resultaba susceptible de ocasionar una afectación actual o inminente a los derechos del actor.

tar el decreto 1563/04. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó dicho pronunciamiento.

Al respecto y, en primer lugar, aclaró que la pretensión no se había tornado abstracta, pues la ley cuestionada seguía vigente por el hecho de que el decreto 1563/04 que la reglamentó sólo había sido suspendido "por tiempo indeterminado" mediante el decreto 357/05 sin que hubiese sido "expulsado del plexo normativo vigente". En segundo término, precisó que el planteo articulado no era meramente consultivo, sino que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y en su carácter de abogado. En contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que se dirigió exclusivamente a descalificar el efecto *erga omnes* que la cámara atribuyó a su pronunciamiento.

La Corte sostuvo que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: *individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. Agregó que la regla general en materia de legitimación es que los *derechos sobre bienes jurídicos individuales* son ejercidos por su titular y que ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, enfatizó, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Apuntó que a esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esa Corte en los conocidos precedentes "*Siri*" y "*Kor*" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción —manifestó el Tribunal— está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

En relación a los *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos* (art. 43, CN) expresó que son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos, al decir de la Corte, existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un dere-

cho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa *petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Debe remarcarse que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

Por otro lado, continúa explicando el Tribunal, la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Observó, además, que no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esa litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Sostuvo que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no apare-

ce plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados⁴⁷.

Finalmente, calificó la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, apuntando que su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados y existía una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justificaba que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promoviera una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma.

La Corte—dando pautas sobre una futura legislación—entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

⁴⁷ Para comprender cabalmente las tres categorías de derechos mencionados en "Halabi", LORENZETTI, da el siguiente ejemplo: Una fábrica arroja líquidos contaminantes a un río y se producen los siguientes daños: a) tres personas sufren lesiones al beber el agua (daños a la salud). Cada una es titular de un interés individual y promoverá una demanda para el resarcimiento de los daños sufridos; b) un millón de personas beben el agua, porque ésta penetró en el sistema de suministro de agua potable de la ciudad. Este caso es objetivamente igual al anterior, pero ocurre que hay numerosos sujetos damnificados, dando lugar a las acciones de clase, que permiten canalizar los daños masivos; c) algunas aves beben el agua y mueren. Eran las últimas representantes de la especie, con lo cual se afecta un bien colectivo, del cual nadie es dueño y no hay derechos subjetivos. Hay legitimación para obrar en defensa del bien, y por ello pueden reclamar el afectado (interés difuso), una organización (interés colectivo) o el defensor del pueblo (interés público) pero lo hacen por una legitimación extraordinaria que otorga la ley; op. cit. p. 20.

VI. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A HALABI

Después de Halabi, la Corte federal tuvo oportunidad de expedirse en otros casos donde el eje de dichos pronunciamientos consistió en determinar si se verificaban los requisitos fijados en aquél decisorio para tener por configurada la legitimación procesal propia de acciones tendientes a la defensa de intereses individuales homogéneos. Así en la causa "*Cavalieri*"⁴⁸, habían entablado acción de amparo PROCONSUMER (Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur) y el referido afiliado contra Swiss Medical S.A., a fin de que provea de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del "síndrome de apnea obstructiva severa" a todos los afiliados de la demandada que padezcan esa enfermedad y requieran tratamiento. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala III) había rechazado in limine las pretensiones de Proconsumer y dio curso a las del co-actor Cavalieri. Para resolver de tal modo, puso de manifiesto que las personas que se encuentran legitimadas por el art. 43 de la Constitución Nacional para demandar son aquellas asociaciones que propendan a la protección de consumidores en los supuestos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva, entendiendo por tales a los intereses generales o públicos de la sociedad y no a derechos subjetivos o individuales. En ese sentido, estimaron que aquella cláusula constitucional no resulta apta para fundar la legitimación de PROCONSUMER, toda vez que dicha entidad perseguía en este caso la satisfacción de derechos individuales que se no se encuentran en las categorías enunciadas en ese precepto. Por ello, consideraron que cada uno de los afiliados (cuya identidad se ignora)—aludidos en la presentación de PROCONSUMER—tiene un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y consecuentemente está legitimado para reclamar el cese de cualquier conducta de la accionada que pueda afectarlo. El Alto Tribunal, con motivo del Recurso Extraordinario interpuesto por Proconsumer, al confirmar el pronunciamiento señaló que no se advertía que la situación planteada en el sub lite lesionara intereses individuales homogéneos que la asociación pudiera válidamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del señor Cavalieri; como que tampoco se encontraba configurado el segundo de los requisitos exigidos en el precedente "Halabi" toda vez que, conforme surgía de la documentación acompañada y de los términos de la demanda, la pretensión se encontraba focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del actor y no en efectos comunes de un obrar de la demandada que pudiera extenderse a un colectivo determinado o determinable.

⁴⁸ CSJN, Fallos: 335: 1080 (2012).

Finalmente, en la causa “PADEC”⁴⁹ la asociación “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor” demandaba también a Swiss Medical S.A. mediante una acción ordinaria sobre nulidad de cláusulas contractuales que autorizaba a esa sociedad a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos. El Alto Tribunal, al referirse a la legitimación de la actora señaló —con remisión al fallo Halabi— que a los efectos de evaluar la legitimación de quien deduce una pretensión procesal resultaba indispensable, en primer término, determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte. En el caso, expuso el Tribunal que existiría un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos; la pretensión está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de sujetos afectados, el contrato impugnado contiene cláusulas que alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada y finalmente, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Asimismo, destacó que la circunstancia de que se haya demandado por la vía de un proceso ordinario no constituye un obstáculo para la aplicación de los criterios expuestos en el precedente “Halabi”, pues esa Corte ha advertido que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido, que al interpretar el ya mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *strictu sensu*, sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general.

En “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo”⁵⁰ la actora promovió acción sumarísima, en los términos del art. 53 de la ley 24.240, contra Telefónica de Argentina S.A., tendiente a que se condenara a esta última a abonar a los usuarios que hubieran sufrido interrupciones en el servicio telefónico por más de tres días hábiles el importe establecido en el art. 33 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico, incorporado como anexo I a la resolución SC 10.059/99, equivalente al doble del valor proporcional

del abono correspondiente a los días sin prestación. Asimismo, en los casos en los que se hubiese pagado una suma menor a la debida en virtud de la normativa citada, la actora reclamó que se pagara a los usuarios la diferencia, más sus intereses. El Alto Tribunal consideró que el derecho cuya protección se procuraba en el sub examine era de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y que se encontraban cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en “Halabi”. Además, tuvo en cuenta que la escasa significación económica de las sumas en cuestión, individualmente consideradas, permitía suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

En “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario”⁵¹ la actora inició demanda con el objeto de que se le ordenara a esta última cesar en la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento de que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando ésta se abonaba. Además, requirió que se condenara a la demandada a devolver a esos clientes, en tanto fueran personas físicas, la carga financiera o intereses que no hubiera deducido, en los últimos diez años, del monto de las cuotas de la prima canceladas antes de la fecha de pago pactada. También demandó la fijación de una indemnización por daño punitivo en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240. El Alto Tribunal, entendió que el derecho cuya protección procuraba la actora en el sub examine era de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos en los términos de “Halabi”, y en el artículo 52 de la ley 24.240. A tal conclusión llegó considerando que existía un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la detracción del saldo de cuotas pendientes al momento del pago de las indemnizaciones por siniestros, sin discriminar entre capital e intereses. Asimismo, que tal conducta habría sido implementada, en forma sistemática, respecto de un conjunto de asegurados lo que permitía tener por configurada la existencia de una causa fáctica común, es decir, un comportamiento del demandado que se repetía en situaciones similares. Las particulares características del tipo de seguro contratado o la existencia de distintos montos pendientes de cancelación —aspectos propios de las relaciones de consumo como la aquí examinada— podrían resultar relevantes a la hora de evaluar la repercusión que el proceder cuestionado produjo en cada uno de los asegurados, mas no impiden —señaló el Tribunal— que la materia de fondo plan-

⁴⁹ CSJN, 21/08/2013.

⁵⁰ CSJN, 06/03/14.

⁵¹ CSJN, 24/6/14

teada pueda decidirse, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso judicial. No se advierte—agregó el Tribunal—que dichas singularidades de la relación aseguradora-asegurado tengan una entidad tal como para descartar la existencia de una homogeneidad fáctica y normativa que habilite la vía intentada.

En “*Consumidores Financieros Asóc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario*”⁵² la demanda tuvo por objeto de que se condenara a la entidad financiera a devolver a los usuarios de cuenta corriente lo percibido de más durante los últimos diez años: a) por el cobro del concepto denominado “riesgo contingente”, fuera percibido de manera única o en paralelo con otro identificado como “exceso de acuerdo”, cuando los sobregiros efectuados se hubieran cubierto por el cliente en el mismo día; b) lo cobrado por tal concepto—aun si el descubierto hubiera proseguido por más de un día—cuando su proyección financiera arrojaba una Tasa Efectiva Anual que excediera los límites razonables en la materia. Además, requirió que se ordenara el cese de esos proceder para el futuro, disponiéndose la reformulación de los cálculos respectivos de intereses y de la metodología de tratamiento para los casos de “riesgo contingente”. La Corte entendió que las cuestiones traídas a conocimiento eran sustancialmente análogas a las examinadas en la causa “*PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*”, por cuanto el derecho cuya protección procuraba la actora en el sub examine era de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos.

En “*Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - Sec. Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, CPCC)*”⁵³ la actora solicitó que se condenara a la empresa TBA a cesar en la práctica que viola el principio de uniformidad con que deben prestarse los servicios públicos así como el principio constitucional que establece que los usuarios tienen derecho a un trato equitativo. Aclaró que tal práctica consistía en brindar—injustificadamente—un servicio de evidente peor calidad a los usuarios que utilizan el ramal eléctrico Once-Moreno, en relación a los usuarios que utilizan el ramal eléctrico Retiro-Tigre. Asimismo, reclamó que el Estado Nacional y la Comisión Nacional Reguladora del Transporte cumplieran con su deber de controlar que el servicio público de ferrocarriles que brinda TBA se haga de conformidad a los preceptos de nuestra Constitución Nacional. La Corte revocó la sentencia que rechazó la acción interpuesta, invocando la situación de emergencia del sector y cuestiones de hecho y prueba.

En “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y otros s/ amparo ley 16.986*”⁵⁴ el Defensor del Pueblo de la Nación inició demanda con-

tra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA), concesionaria a cargo de los ramales que unen las Estaciones Once-Moreno y Retiro-José León Suárez, a fin de que preste el servicio de transporte ferroviario a los usuarios de esas líneas en forma digna y eficiente y que garantice el desplazamiento de personas con discapacidades, de acuerdo con lo establecido por el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y la ley 24.314, de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida y contra el Estado Nacional - Secretaría de Transporte para que ejecute los controles y acciones necesarias para que la codemandada cumpla debidamente con las obligaciones emergentes del contrato de concesión. La Corte revocó la sentencia que rechazó la acción de amparo por requerir mayor debate y prueba.

En “*Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo*”⁵⁵, se dictó una medida cautelar innovativa ordenando refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones 50/2010 y 36/2011 de la Secretaría de Comercio Interior, obligando a la demandada asimismo a abstenerse de interrumpir o modificar el servicio hasta tanto se resolviera la cuestión suscitada. La Corte consideró que la actora no tenía legitimación activa, pues la Secretaría de Comercio Interior contaba con los mecanismos legales para hacer cumplir las mentadas resoluciones. Entendió que el debate giraba en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión de orden federal, que excedía, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales y sobre la cual, la autoridad nacional referida contaba con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el cual, a su vez, la accionada pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos.

Por otra parte, sostuvo que durante el último tiempo ese Tribunal había advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provenían de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, —manifestó la Corte— además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución—cautelar o definitiva—favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente. Por estas razones, y en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional, el Tribunal estimó nece-

⁵² CSJN, 24/06/14.

⁵³ CSJN, 24/06/14.

⁵⁴ CSJN, 24/06/14.

⁵⁵ CSJN, 23/09/14.

saría la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que deberán inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país. La existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios⁵⁶. Finalmente, agregó que correspondía remitir las actuaciones al juez federal de Mar del Plata por ser el magistrado que previno.

En "*Consumidores Financieros Asociación civil para su defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. S.A. s/ordinario*"⁵⁷ la actora inició demanda contra Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. con el objeto de que: a) se declare la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguro de automotor que ofrece la demandada en las que se establecen exclusiones de cobertura en razón del vínculo entre el damnificado directo con el asegurado, o con el conductor, o con el titular registral del automotor siniestrado, al momento de ocurrido el accidente; b) se condene a la aseguradora a pagar una suma de dinero a los miembros del colectivo representado (integrado por los sujetos excluidos de la cobertura de las indemnizaciones) que hubieren sido perjudicados por estas cláusulas en los diez años anteriores a la demanda y; c) se establezca un daño punitivo en favor de cada uno de los beneficiados que se hubieren visto afectados por esta exclusión. La Corte federal destacó que la ausencia de una norma que regule en forma precisa y acabada el efectivo ejercicio de este tipo de acciones colectivas no puede dejar sin protección a derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional. Por ello, y a los efectos de armonizar garantías sustanciales y procesales con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución Nacional también protege, señaló que la admisión de las acciones colectivas requiere, por parte de los magistrados, la verificación de una causa fáctica común; una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, destacó que la acción también procedería cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. Agregó que en el sub lite no se advertía que concurriera el tercero de los presupuestos mencionados pues

ni las constancias obrantes en la causa ni los términos de la pretensión formulada demostraban que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretendía asumir en autos pudiera verse comprometido si la cuestión no era llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva.

En la causa "*Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo*"⁵⁸, la Corte se expidió acerca de la importancia del acceso al agua potable en un juicio donde se detectaron niveles de arsénico que ponían en riesgo la salud de la población del partido de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires. En el caso se habían planteado la naturaleza colectiva del derecho al agua y el tipo de proceso más eficiente para hacer efectivo ese derecho. Siguiendo la doctrina del precedente "*Halabi*" el Tribunal señaló que los jueces de grado habían tramitado el caso como si fuera una acumulación de procesos individuales—2641 actores—cuando en realidad se trataba de un proceso colectivo. Ello es así porque se procuraba la protección de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. Sostuvo la Corte que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más rápidas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales. Destacó que, en el caso, indudablemente, está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas que se ve amenazado por el obrar de la empresa Aguas Bonaerenses S.A. que brinda a los vecinos agua con proporciones de arsénico que superan las permitidas por el Código Alimentario Argentino. En consecuencia, la contaminación por arsénico en el agua suministrada en toda la localidad no es un problema de cada uno de los habitantes, sino que es un problema comunitario que, para su mejor solución, debe ser tratado en un proceso colectivo.

En "*Asociación Civil para la Defensa en el Ambito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*"⁵⁹ la actora inició acción de amparo con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901. El Alto Tribunal entendió que en el sub lite se perseguía la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existía una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encontraba enfocada a los efectos comunes del problema, que se vincula directamente con el derecho a la salud. Es decir que se presenta una homogeneidad

⁵⁶ El Registro de Acciones Colectivas se implementó por Acordada 32/2014 de la CSJN.

⁵⁷ CSJN, 27/11/14.

⁵⁸ CSJN, 02/12/14.

⁵⁹ CSJN, 10/02/15.

fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la presente demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado.

En "*Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros*"⁶⁰ la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la decisión del juez de primera instancia y reconoció la legitimación de la asociación actora para comparecer a juicio en representación de consumidores—sean personas físicas o jurídicas—cuyos derechos entienden conculcados por el obrar de las demandadas. Para decidir de esta forma, el a quo señaló que en el caso se perseguía concretamente la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que se traduce en la contraposición de intereses entre las sociedades demandadas, que podrían haber cobrado un sobreprecio en el valor de venta de las mercancías producidas por ellas, y los consumidores de cemento que habrían sufrido un menoscabo patrimonial como consecuencia de esa conducta. El Alto Tribunal sostuvo que la asociación actora pretendía representar a una clase global que básicamente involucraba a todos los consumidores, otra que abarcaba a todos los consumidores indirectos, y finalmente una sub-clase de consumidores indirectos que involucraba a las personas que hubieran adquirido inmuebles nuevos o recién construidos, o que hayan encargado a un tercero la construcción de un inmueble o estructura construida mediante la utilización de cemento. Remarcó que el universo de situaciones y supuestos que la actora pretendía abarcar resultaba excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presentaba singularidades que impedían resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso.

En "*García, José y otros el PEN y otros s/ amparo ley 16.986*"⁶¹ no obstante rechazar un recurso extraordinario por salto de instancia advirtió la existencia de un importante número de procesos colectivos iniciados en diferentes tribunales con idéntico o similar objeto al examinado en el sub examine (planteo de inconstitucionalidad de la resolución 226/14 de la Secretaría de Energía y de la resolución 2844/14 del Ente Nacional Regulador del Gas), por lo que correspondía hacer saber a los magistrados ante quienes tramitan esas causas que deberán proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos creado en la Acordada 32/2014 y, asimismo, adoptar las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redunde en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias. En este sentido, agregó, en fecha reciente, esa Corte advirtió acerca del incremento de causas colectivas con

⁶⁰ CSJN, 10/02/15.

⁶¹ CSJN, 10/03/15.

idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país, y señaló que la insuficiencia normativa en la materia no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico ("*Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo*", fallada el 23 de septiembre de 2014). En virtud de ello, y en atención a la importancia que corresponde asignar a la preferencia temporal en el marco de los procesos colectivos, indicó que los jueces intervinientes en las causas a las que se hace referencia deberían unificar su trámite en aquél tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integran, resulten excluidas.

En autos "*Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro*"⁶² resolvió por mayoría, mantener firme la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán que había declarado la inconstitucionalidad de ciertas reformas constitucionales realizadas a la carta magna local por la Convención Constituyente del año 2006. El tribunal sostuvo allí interesantes desarrollos en materia de legitimación colectiva para la defensa del sistema constitucional. Entendió que "[...] en consecuencia, en supuestos como el examinado no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del 'caso' resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos [...]" "[...] Que esta interpretación no debe equipararse a la admisión de la acción popular que legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio. En abierta contradicción a ella, la legitimación en este caso presupone que el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción presentan un nexo suficiente con la situación del demandante, y aunque no se requiere que sea suyo exclusivo, resulta evidente que el Colegio—en su carácter de persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia (art. 17 de la ley 5233)—será alcanzado por las disposiciones impugnadas a menos que por medio del recurso extraordinario federal se evite el eventual perjuicio denunciado [...]"

VII. EL REGISTRO PÚBLICO DE ACCIONES COLECTIVAS

Teniendo en cuenta la sentencia dictada en la causa "*Municipalidad de Berazategui*" donde la Corte puso de resalto el incremento de causas colectivas

⁶² CSJN, 15/04/15.

con idénticos objetos que provienen de diferentes tribunales del país, subrayando las graves consecuencias que esa reproducción de actuaciones causa en una racional eficiente distribución de los limitados recursos materiales y humanos como además, en la razonable duración de los procesos judiciales y, con particular énfasis, en la gravedad institucional que da lugar el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados y de decisiones de un tribunal que interfieren en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial, el Tribunal afirmó en dicho pronunciamiento que estimaba necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas, en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales federales del país. Por ello dictaron la Acordada 32/2014⁶³ creando el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funciona con carácter público, gratuito, de acceso libre, en el ámbito de la Secretaría General de Gestión de la Corte. En dicha oportunidad, como Anexo, se dictó el correspondiente “Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos”⁶⁴ donde se fijaron las pautas de su funcionamiento.

⁶³ 01/10/14.

⁶⁴ Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos. I. En el Registro se inscribirán ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo las concordadas definiciones dadas por esta Corte en los precedentes “Halabi” (Fallos: 332:111) P.361. XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21 de agosto de 2013. 2. La inscripción comprende todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten —juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data, u otros— y el fuero ante el que estuvieran radicadas. 3. La obligación de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio. 4. La comunicación se llevará cabo por vía electrónica en el sitio especialmente habilitado para ello y contendrá la siguiente información: a. Nombres y domicilio de las partes y de los letrados intervinientes. b. Identificación de la clase involucrada en el caso colectivo mediante una descripción sucinta, clara y precisa. c. Identificación del objeto de la pretensión, mediante una descripción sucinta, clara y precisa del bien colectivo de que se trata o, en caso de intereses individuales, de la causa fáctica normativa homogénea del elemento colectivo que sustenta el reclamo. d. Que se ha dado intervención al Ministerio Público Fiscal en virtud de lo previsto en los artículos 25, inciso a y 41, de la ley 24.946, identificándose la unidad interviniente y el carácter en el cual la Fiscalía participa en el proceso. e. Copia de la resolución que hace referencia el punto 3 del presente Reglamento. 5. La autoridad responsable del registro verificará, en el plazo de dos días, el cumplimiento de los recaudos contemplados y, de corresponder, mandará efectuar la inscripción pertinente, que se comunicará en el día al tribunal de la causa. Asimismo, en dicha oportunidad, hará saber la existencia de otras acciones que tengan similar idéntico objeto. En caso de formularse observaciones, se realizará una anotación provisoria debiendo el tribunal de la causa subsanar las deficiencias señaladas en el plazo de treinta días. 6. Se inscribirán en el registro las resoluciones ulteriores dictadas durante el desarrollo del proceso, que correspondan al desplazamiento de la radicación de la causa, modificación del representante de la clase, alteración en la integración del colectivo involucrado, otorgamiento, modificación o levantamiento de medidas precautorias de tutela anticipada, acuerdos totales parciales homologados, sentencias definitivas y toda otra resolución que

VIII. EL REGLAMENTO DE ACTUACIÓN EN PROCESOS COLECTIVOS (ACORDADA 12/16 CSJN)

En esta oportunidad la Corte, invocando un dispar cumplimiento de la obligación de informar este tipo de procesos por parte de los distintos tribunales nacionales y federales, en función a que pese a la creación del Registro de Procesos Colectivos, en múltiples casos se mantuvo ante distintos tribunales la radicación de procesos colectivos en los que se ventilaban pretensiones idénticas o similares; como así también, que desde el año 2009, ese Tribunal había manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos —considerando 12 de Fallos: 322: 111—, y teniendo en cuenta que no fue dictada normativa alguna que regule esta materia, consideró indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de este tipo de procesos fin de evitar circunstancias que puedan conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento. En definitiva, esta reglamentación (Acordada 12/16 del 05/04/16)⁶⁵ vino a reemplazar los artículos que figuraban en el Anteproyecto del Código Civil y

por la índole de sus efectos justifique—a criterio del tribunal—la anotación dispuesta. 7. Toda persona podrá acceder gratuitamente, por vía electrónica mediante un procedimiento sencillo debidamente explicado en el aplicativo que integrará la página web del Tribunal a la información registrada y sistematizada por el registro. 8. Para el acceso la información y las comunicaciones por parte de los tribunales del Poder Judicial de la Nación, se dispondrá su vinculación con el sistema de gestión informática en uso. 9. La información será sistematizada por el nombre de las partes, por el tribunal interviniente, por la materia, por las características del bien colectivo o intereses individuales homogéneos que se pretenden tutelar, y por la composición de la clase. 10. Este reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación obligatoria todas las acciones que se promuevan partir de esa fecha o que, presentadas con anterioridad, no se hubiera dictado para entonces la resolución que declara su admisibilidad como proceso colectivo. También se registrarán los procesos anteriores debiendo el tribunal interviniente suministrar la información prevista en artículo 4. 11. La Dirección de Sistemas del Tribunal, con intervención de la Secretaría General de Gestión, coordinará con las áreas competentes de los superiores tribunales de justicia de Provincia y de la Ciudad de Buenos Aires el acceso la información de todos los procesos colectivos radicados ante los tribunales estatales.

⁶⁵ Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. I. Vigencia y ámbito de aplicación. En las causas que se inicien a partir del primer día hábil del mes de octubre de 2016, en los supuestos comprendidos en la acordada 32/2014, los tribunales y las partes deberán adecuar su actuación al procedimiento previsto en esta reglamentación. Quedan excluidos del presente Reglamento los procesos que se inicien en los términos de la ley 25.675, los que se registrarán por las disposiciones contenidas en esa norma. Tampoco se aplicarán las previsiones del presente Reglamento a los procesos colectivos que involucren derechos de personas privadas de la libertad o se vinculen con procesos penales. II. Demanda. En los términos del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en la demanda se deberá precisar: 1. En los procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue y b) que la pretensión está focalizada en la incidencia colectiva del derecho. 2. En los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado. Asimismo, en ambos tipos de procesos el actor deberá: a) identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación del colectivo; c) indicar, de corres-

Comercial (arts. 1745 a 1748, "Daños a los derechos de incidencia colectiva") que fueron eliminados en el Proyecto remitido por el PE al Congreso de la Nación. En

ponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal y e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva e informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignarán los datos de individualización de la causa, el tribunal donde se encuentra tramitando y su estado procesal. **III. Subsanación de omisiones y consulta al registro.** Promovida la demanda y formuladas, en su caso, las aclaraciones que el juez hubiera solicitado, cuando este entienda preliminarmente que se dan las circunstancias previstas en el presente Reglamento, y previo al traslado de la demanda, requerirá al Registro que informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva. A estos fines, el tribunal brindará al Registro los datos referidos a la composición del colectivo, con indicación de las características o circunstancias que hacen a su configuración, el objeto de la pretensión y el sujeto o los sujetos demandados. El Registro podrá solicitar al magistrado las aclaraciones que estime necesarias. Cumplido ello, el Registro dará respuesta a la mayor brevedad indicando si se encuentra registrado otro proceso en trámite cuya pretensión presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, sus datos de individualización y el tribunal que previno en la inscripción. Aun cuando la demanda no sea promovida con carácter de colectiva, si el magistrado entiende que se trata de un supuesto comprendido en la acordada 32/2014 deberá proceder en la forma establecida en el presente punto. **IV. Remisión al juez que previno.** Si del informe del Registro surge la existencia de un juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requerente deberá remitir, sin otra dilación, el expediente al juez ante el cual tramita el proceso inscripto. De lo contrario, si considera que, de manera manifiesta, no se verifican las condiciones para la tramitación de las causas ante el mismo tribunal, deberá hacer constar dicha circunstancia por resolución fundada y comunicarla al tribunal que hubiese inscripto la otra acción y al Registro. El juez al que se hubiera remitido el expediente dictará, a la mayor brevedad, una resolución en la que determine si su radicación ante el tribunal resulta procedente. En caso afirmativo, comunicará esa decisión al tribunal donde se inició el proceso. De lo contrario, si entiende que la radicación no corresponde, dispondrá, mediante resolución fundada, la devolución del expediente al tribunal remitente. En ambos supuestos se comunicará la decisión al Registro. Solo serán apelables la resolución que rechace la remisión de la causa al tribunal ante el cual tramita el proceso registrado y la decisión de este último de rechazar la radicación del expediente remitido. **V. Resolución de inscripción del proceso como colectivo.** Si del informe emitido por el Registro en los términos del punto III del presente Reglamento, surge que no existe otro proceso registrado que se encuentre en trámite, el juez dictará una resolución en la que deberá: 1. identificar provisionalmente la composición del colectivo, con indicación de las características o circunstancias que hacen a su configuración; 2. identificar el objeto de la pretensión; 3. identificar el sujeto o los sujetos demandados y 4. ordenar la inscripción del proceso en el Registro. Esta resolución será irrecurrible. Idéntico procedimiento deberá seguirse en los supuestos referidos en el punto IV cuando el expediente quede definitivamente radicado ante el tribunal en el cual se promovió la demanda. **VI. Registración.** Comunicada al Registro la resolución a la que se refiere el punto anterior, este podrá requerir al tribunal las aclaraciones que estime pertinentes. Cumplido ello, el Registro procederá a efectuar la inscripción ordenada y a comunicar al tribunal de la causa que el proceso quedó registrado. Una vez registrado el proceso, no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva. **VII. Prevención.** La inscripción a la que se refiere el punto anterior producirá la remisión a dicho tribunal de todos aquellos procesos cuya pretensión presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva. **VIII. Prosecución del trámite y certificación del colectivo.** Efectuada la inscripción del proceso por el Registro, el juez dará curso a la acción y, en su caso, ordenará correr traslado de la

su reemplazo, esta Acordada regula este tipo de procesos hasta que se dicte una ley sobre la materia, introduciendo modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

IX. LOS FALLOS DE LA CSJN RECAIDOS CON MOTIVO DE TARIFAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

"Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo"⁶⁶. Fue un caso de suma trascendencia institucional, por el cual el Máximo Tribunal anuló las resoluciones que disponían la suba tarifaria del gas pero acotó el efecto expansivo de la sentencia sólo a usuarios residenciales. El precedente tiene un altísimo valor desde muchos ángulos: a nivel institucional, porque el Poder Judicial resolvió un conflicto de alta magnitud que involucró al Poder Ejecutivo Nacional y los usuarios del gas, es decir, todos los ciudadanos del país; a nivel jurisprudencial, porque trazó definitivamente la necesidad de la audiencia pública previa a las modificaciones tarifarias en todos sus tramos; estableció pautas en materia tarifaria (accesibilidad, gradualidad

demanda. Contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo, conjuntamente con la resolución de las excepciones previas o, en su caso, con anterioridad a la celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el juez dictará una resolución en la que deberá: 1. ratificar o formular las modificaciones necesarias a la resolución de inscripción a que se refiere el punto V, 2. determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses. **IX. Resoluciones posteriores.** Registrado el proceso, el magistrado deberá actualizar en el Registro toda la información que resulte relevante en la tramitación de la causa. Deberán incluirse las resoluciones referentes a la certificación del colectivo (mencionada en el punto anterior), a la modificación del representante del colectivo, a la alteración en la integración del colectivo involucrado y al otorgamiento, modificación o levantamiento de medidas cautelares. También deberán comunicarse las resoluciones que homologuen acuerdos, las sentencias definitivas y toda otra que, por la índole de sus efectos, justifique —a criterio del tribunal— la anotación dispuesta. **X. Medidas cautelares.** Toda medida cautelar dictada con efectos colectivos que corresponda a un proceso principal aún no inscripto deberá ser comunicada por el juez al Registro de manera inmediata para su anotación. En los casos en los que exista un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde, respecto de la medida cautelar decretada, sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el Registro informará esta circunstancia al magistrado que la hubiese ordenado, quien deberá proceder en la forma indicada en el punto IV del presente Reglamento. Igual comunicación se cursará al juez ante el cual tramita el proceso inscripto. **XI. Deberes y facultades del juez.** Por la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia en este tipo de procesos, el juez deberá adoptar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento. **XII. Procedimientos especiales.** En acciones que deban tramitar por vía de amparo, proceso sumarisimo o cualquier otro tipo de proceso especial, los jueces adoptarán de oficio las medidas adecuadas a fin de no desnaturalizar este tipo de procesos. **XIII. Comunicaciones.** Toda comunicación de los tribunales, las partes o cualquier tercero con el Registro se cursará de la forma que establezca la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁶⁶ CSJN, del 18/08/16.

y razonabilidad) y, además, porque sumó algunos conceptos nuevos sobre acciones de clase.

En esta oportunidad el Alto Tribunal recordó que de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal, podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir. Estableció que solo respecto de los “usuarios residenciales” era posible sostener que el caso involucra un supuesto en el que se encontraba comprometido el acceso a la justicia. Ello es así, *“en tanto solo en relación al mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada. A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo”*. *“Que, sin embargo, respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas”*.

“Abarca, Walter José y otros c/Estado Nacional- Ministerio de Energía y Minería y otros s/ amparo ley 16.986”⁶⁷. A través de esta acción dirigida en contra del Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Energía y Minería) y del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, se cuestionaron las Resoluciones 6/2016 y 7/2016 del citado Ministerio y 1/2016 del ENRE, por las que se aprobaron cuadros tarifarios para el servicio de electricidad. Se solicitó la nulidad de dichas resoluciones por incumplimiento de la audiencia pública previa. Fueron demandantes: a) diversas personas en su carácter de usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica de las distribuidoras Edesur y Edenor y en representación de los usuarios y consumidores de la Provincia de Buenos Aires en su condición de diputados de dicha pro-

vincia; b) el Secretario General “interinamente a cargo” de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires; c) adhirieron a la presentación de la parte actora el presidente, el vicepresidente y el apoderado del Partido Justicialista de la Provincia de Buenos Aires; d) el presidente del “Club Social y Deportivo 12 de Octubre” de Quilmes, representando a dicha institución en su carácter de usuaria del servicio de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires. El Alto Tribunal al abordar la legitimación procesal de los actores, respecto a la situación del funcionario que ejercía la representación de la Defensoría del Pueblo de la Pcia. de Buenos Aires, entendió que en función del art. 55 de la Constitución de esa Provincia y de la Ley Orgánica n° 13.834, el mismo no se encontraba habilitado para poner en ejercicio las atribuciones que corresponden a esa autoridad provincial, ya que al encontrarse vacante, su mandato como Sec. Gral. se limitaba a meros actos conservatorios afines al funcionamiento de la institución y a la preservación de sus recursos. Sobre la legitimación de Walter Abarca y Evangelina Elizabeth Ramírez fundada en su carácter de miembros integrantes de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, expresó que distaba mucho de ser un tema novedoso en la doctrina de los precedentes de esa Corte. El trazado de la línea que separa lo permitido de lo proscripto a los legisladores cuando, en esa condición, demandan ante el Poder Judicial, es claro y no deja margen para la duda, ni mucho menos para el error. En efecto, en el conocido caso “Thomas, Enrique Fallos: 333:1023, ese Tribunal tuvo oportunidad de recordar que la regla emana de un conjunto de pronunciamientos - (causas “Dromi”, Fallos: 313:863; “Polino”, Fallos: 317:335; “Gómez Diez”, Fallos: 322:528; “Garre”, Fallos: 323:1432 y “Raimbault”, Fallos: 324:2381) en los que se distinguieron supuestos de ausencia de legitimación de aquellos otros en los que tal legitimación podría ser reconocida. Así, se señaló que *“...no confiere legitimación la invocada ‘representación del pueblo’ con base en la calidad de diputado nacional que inviste. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración en una de sus cámaras fue electo y en el terreno de las atribuciones dadas a ese poder y sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legitima para actuar en resguardo de la división de poderes ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes dictadas por el Congreso, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquél atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio”*. *“Que, además, los legisladores no son legitimados extraordinarios en tanto no están mencionados en el art. 43 de la Constitución Nacional...”*. Lo expresado en relación a los legisladores provinciales es respuesta suficiente —entendió el Tribunal— con respecto a la inhabilidad del partido político interviniente, en cuanto pretendió representar en la causa, como asociación, a todos los usuarios de energía eléctrica de la Provincia de Buenos Aires. *“Los partidos*

⁶⁷ CSJN, 06/09/16.

políticos son organizaciones de derecho público no estatal, necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa, pero de ahí pretender incorporarse al frente activo demandante "como asociación" y, desde esta calificación, sumarse como representante del colectivo de usuarios de energía eléctrica, importa exorbitar las facultades del partido a competencias que la Constitución Nacional pone en cabeza de otra clase de personas jurídicas que tienen por objeto la defensa de los usuarios y consumidores". Con respecto al Club Social y Deportivo "12 de Octubre" acreditó su calidad de usuario del servicio de distribución eléctrica de la Provincia de Buenos Aires mediante diversas facturas, sin embargo, no invocó la calidad de representante de todos los usuarios de la Provincia de Buenos Aires y, por ende, —entendió el Tribunal— no los puede representar. Si bien esa entidad pretendió una representación colectiva más restringida, su alcance no era claro (por ejemplo, si se trata de todos los clubes de barrio y de pueblo, o de aquellos que están en una posición económico financiera similar a la del club que se presenta en autos, o de aquellos clubes que satisfacen los requisitos del art. 5° de la ley 27.098, etcétera).

De la lectura de estos precedentes, surgen algunas inquietudes: ¿hace falta, en los términos del art. 43 segundo párrafo de la CN, invocar una representación colectiva para que la sentencia tenga efecto erga omnes? ¿Desaparece la categoría de usuario-afectado como legitimado del art. 43? ¿Su reconocimiento depende necesariamente del colectivo que representa o deba representar? Que sucede si no desea representar a nadie, o si no lo dice expresamente, ¿pierde la acción el carácter de colectiva en sus efectos? Les propongo que retrocedamos en el tiempo y volvamos al art. 43 de la CN; olvidemos Halabi y las reglamentaciones procesales que ha dictado la CSJN.

¿Qué entendíamos por "afectado" cuando estudiábamos la reforma constitucional de 1994? Aprendimos que el afectado del segundo párrafo del art. 43, es el sujeto que tiene un interés compartido con otros integrantes de un grupo. Pero esta titularidad —distinta a la titularidad del damnificado directo del primer párrafo del 43— no obsta a que pueda acreditar un daño diferenciado que constituye una suerte de "cuota parte" del agravio total; y accionar por ésta; pero como la decisión afecta al conjunto, la sentencia tiene irremediamente efecto erga omnes.

Y esto nos lleva a una segunda cuestión: Si no está perfectamente definido el colectivo sobre el que va a producir efectos esa sentencia, ¿es razón suficiente para negarle legitimación? ¿Al menos no debieran tener el decisorio efectos individuales para ese afectado? O al menos ¿no debiera ser tutelado en lo individual con abstracción de la definición del colectivo? Cuando estamos en presencia en definitiva de la invalidación de un reglamento, como son las normas impugnadas, ¿no debíamos volver a repasar la doctrina que se ha ocupado de la impugnación de los reglamentos

y el efecto erga omnes de los decisorios recaídos a su respecto (fallo "Monges" de la CSJN), antes que perdernos en los laberintos de precisar el colectivo involucrado?

Además, cuando la CSJN exige "*examinar si mediante procedimientos individuales se comprometería seriamente el acceso a la justicia*", requisito que aparecía también en otros precedentes y que sirvió de fundamento para excluir del alcance del fallo CEPIS a los usuarios no residenciales, merece una particular atención. Se ha sostenido⁶⁸ que este requisito deriva de una errónea interpretación del art. 43 de la C.N. y que transforma indebidamente a uno de los fundamentos de los procesos colectivos en un requisito *sine qua non* de procedencia. Existe consenso en afirmar al menos tres fundamentos en la consagración de esta clase de procesos: a) las acciones colectivas tienden a lograr una mayor eficiencia en el sistema de administración de justicia, evitando el juzgamiento de cientos de reclamos similares; b) se busca facilitar el acceso a la justicia en relación a conflictos que de otro modo quedarían marginados del sistema debido a obstáculos económicos, sociales y culturales que impiden el ejercicio efectivo de los derechos por parte de la ciudadanía, como son el desconocimiento de los derechos y la falta de acceso a la información por parte de los afectados; c) la relación costo beneficio desfavorable para el accionar individual; d) sirven como instrumento de prevención y desaliento de conductas ilícitas masivas que de otro modo permanecerían en el anonimato e impunidad.

Ahora bien, de los precedentes de la CSJN a partir de Halabi, se desprende que el proceso colectivo no sería viable si existiera estímulo suficiente para que los afectados reclamen individualmente por sus derechos, toda vez que el Tribunal ha reiterado como recaudo "la afectación al derecho de acceso individual a la justicia". De acuerdo a ello, parecería que deberían distinguirse inicialmente dos variantes de derechos individuales homogéneos: a) aquéllos en los que se presentan obstáculos materiales que dificultan el reclamo individual de los afectados (ausencia de información veraz y adecuada, relación costo beneficio desfavorable para el accionar individual o en los que la lesión recae sobre grupos tradicionalmente postergados o vulnerables (usuarios, consumidores, comunidades originarias, trabajadores, jubilados, discapacitados, grupos discriminados, menores) sobre los que el Estado y la sociedad en su conjunto tienen interés en su protección; b) aquellos en los que no se advierten obstáculos materiales y en consecuencia es razonable esperar que los titulares del derecho inicien un juicio por su cuenta o desistan de hacerlo conscientemente (por ejemplo lo que sucedió con el corralito financiero). La opción que pareció adoptarse en el caso Halabi y que se expresa claramente en CEPIS es la de entender que la primera de dichas sub-especies podrían ser enjuiciadas colectivamente,

⁶⁸ Ver GIANNINI, Leandro "La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva. (a propósito de los casos "CEPIS" y "Abarca")", La Ley, del 12/09/16.

mientras que las segundas no. Las consecuencias limitativas de dicha doctrina se exponen claramente en el fallo CEPIS, al restringirse la solución colectiva a los usuarios "residenciales" del servicio de gas, entendiendo que los restantes usuarios no estarían afectados por obstáculos materiales para impugnar individualmente el aumento de tarifas y repetir las sumas abonadas en exceso. Expresamente, señaló el Alto Tribunal que "el recaudo de estar comprometido seriamente el acceso a la justicia resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos" y similar reflexión se hizo en el fallo Abarca.

La tutela grupal contemplada en el art. 43 de la C.N. no sólo sirve para garantizar a los grupos débiles contra todo intento de limitar la protección judicial efectiva de sus derechos, sino también para evitar que se sobreexponga a la judicatura a repetir ineficientemente acciones costosas y dilatorias para abordar una multiplicidad infinita de causas sobre cuestiones homogéneas. Con ello, se le añade al art. 43 de la CN una condición que el mismo no establece para accionar colectivamente, consistente en que no existiera estímulo suficiente para accionar individualmente⁶⁹.

Por todo esto, es imperioso que el Congreso de la Nación reglamente el art. 43 de la C.N. con pautas claras y acordes al espíritu del instituto de las acciones colectivas. Si bien ha sido loable la labor jurisprudencial y reglamentaria de la CSJN para encauzar este tipo de acciones, frente al silencio del legislador, y sin perjuicio del reparo constitucional que podría haber sobre esto último, es preciso volver a pensar en el art. 43 de la CN y evitar interpretaciones restrictivas de derechos.

Finalmente, cabe agregar que en el precedente "Provincia de Formosa c/ Estado Nacional s/ amparo", del 17/12/20, consistente en una causa iniciada por el Gobernador de la provincia contra el Estado Nacional en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, a fin de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de una resolución de la Secretaría de Gobierno y Energía de la Nación (SGE) y de toda otra norma o acto administrativo dictado en consecuencia, referida a la fijación de precios de potencia y energía, el Alto Tribunal resolvió que la invocada afectación de los derechos de incidencia colectiva no autoriza la intervención de las autoridades provinciales en los términos del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional ya que el texto constitucional solo menciona al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propenden a los fines indicados en la norma. Se determinó además la causa se debía circunscribir sólo a la pretensión de los intereses propios y directos de la provincia, excluyendo la defensa de los derechos de los usuarios que habitan su territorio.

⁶⁹ A mayor abundamiento ver artículo citado, como también: VERBIC, Francisco - SALGADO, José María "Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia", La Ley, del 25/08/16.

X. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En el Anteproyecto de Código Civil elaborado por la Comisión creada al efecto mediante Decreto 191/2011 e integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se abordó una problemática que tal como quedó expuesto, se revitalizó en nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma constitucional de 1994, como es la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, como veremos, la versión corregida por el Poder Ejecutivo y aprobada por el Congreso de la Nación redujo sustancialmente la atención que el Anteproyecto original le brindaba a esta materia.

La redacción original del Anteproyecto disponía: "*Artículo 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*".

Este artículo era preciso al distinguir entre los derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva y los derechos de incidencia colectiva propiamente dichos como indivisibles y de uso común. Pautaba la legitimación activa para reclamar por aquéllos, reconociendo de este modo los derechos individuales homogéneos inherentes a una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, a los cuales se los habilitaba para iniciar una acción colectiva.

El artículo 14 finalmente sancionado, quedó redactado así: "*Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*". Este artículo —se ha señalado— es importantísimo dentro del sistema de Derecho, porque permite coordinar la Constitución Nacional, en cuanto regula los derechos de incidencia colectiva, con el Derecho Privado. También es relevante dentro de este último porque hay toda una estructura basada en la regulación de los derechos de incidencia colectiva. Además, es un cambio fundamental dentro del Derecho Comparado porque es

la primera vez que un Código Civil contempla la regulación de los derechos individuales y los de incidencia colectiva⁷⁰.

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce junto a los derechos individuales, la categoría de los derechos de incidencia colectiva y se legisla la figura del abuso del derecho como criterio para enmarcar el regular ejercicio del derecho individual, con límite preciso en la afectación colectiva. La simplificación instrumentada induce a descartar que en estos supuestos se pueda incoar una acción de naturaleza colectiva a pesar de un origen común del hecho que motiva una petición judicial que involucra a un grupo determinado de sujetos, situación acertadamente definida y contemplada en el ya comentado caso "Halabi" donde se caracterizaron los llamados "derechos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos" que en la versión definitiva del Código Civil y Comercial se ha preferido descartar. La última parte de este artículo expresa que ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, tomando posición por la preeminencia de los intereses colectivos en caso de colisión entre ambos tipos de derechos.

La nueva redacción, por sí sola, no genera problemas ya que la tendencia era de considerar los derechos de incidencia colectiva como un género con sus dos especies, los derechos individuales homogéneos y los intereses difusos. Sin embargo, en el Anteproyecto se recepcionaba la trilogía de derechos, conforme al caso Halabi, sin haberse seguido por lo tanto la denominación utilizada por dicho fallo que distinguió entre los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos y sobre bienes individuales homogéneos. Lo importante es que dicha clasificación triple despejaba toda posible duda sobre el alcance de la protección a la vez a los derechos divisibles e indivisibles. A partir del art. 14 del Anteproyecto, habría podido concluirse positivamente acerca de la inclusión de dos especies de derechos colectivos lato sensu: los derechos individuales homogéneos y los difusos. En segundo lugar, la redacción del Anteproyecto permitía distinguir ambas especies por la divisibilidad de los derechos en juego⁷¹.

En relación a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios, el Anteproyecto que no sufrió modificaciones en el Ejecutivo, establecía: "*Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen*

⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 76.

⁷¹ Cfme AZAR, M. José "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión" disponible desde www.pensamientocivil.com.ar/doctrina.

derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva.

A su vez, en forma concordante, en el referido Título V del Libro Cuarto, de acuerdo al Proyecto que pasó al Congreso, respetando la versión original, se legislaba sobre la propiedad comunitaria indígena, en los siguientes términos: *TÍTULO V Propiedad comunitaria indígena Artículo 2028. Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas. Artículo 2029. Titular. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad. Artículo 2030. Representación legal de la comunidad indígena. La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas. Artículo 2031. Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad. En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito. Artículo 2032. Caracteres. La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria. Artículo 2033. Facultades. La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos, pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros. Artículo 2034. Prohibiciones. La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas. Artículo 2035. Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información*

y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Artículo 2036. Normas supletorias. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.

Sin embargo, frente a las críticas que se suscitaron por el tratamiento en el Código Civil de esta cuestión, se modificó el texto del art. 18 y se suprimió la regulación de la propiedad indígena del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial, quedando sujeta a una ley especial: “Artículo 18. Derecho de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad a lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”.

Como puede advertirse, y tras una férrea oposición al contenido del proyecto por parte de organizaciones que nuclean a comunidades indígenas, se difirió para una ley especial la regulación de esta cuestión, remitiéndose al texto constitucional reformado en 1994, aspecto que, a más de 20 años de la enmienda constitucional, no ha merecido por parte del Congreso el dictado de una legislación específica:

Al referirse a los “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, el proyectado artículo 240, establecía: “Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en la discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

El texto sancionado dice: “Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

Se establecen los límites a los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva, del que se deriva que la función social de los derechos individuales exige que los mismos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia

colectiva, conforme la normativa administrativa nacional y local en interés público y siempre que no afecten el medio ambiente en el sentido más amplio. La norma aludida menciona que no se debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de varios ecosistemas: flora, fauna, la biodiversidad, el agua, el paisaje y los valores culturales, no siendo una enunciación taxativa y remitiendo a los criterios de las Leyes especiales. Esta norma establece el paradigma de la sustentabilidad que unido a los criterios de progresividad, de no regresión y Pro homine serán importantes para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva⁷².

También, la redacción original del Anteproyecto disponía: “Artículo 241. Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales.”. Esto fue eliminado quedando redactado este artículo en base a la última parte del anterior artículo 240: “Artículo 241. Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

En el Anteproyecto, e incluso en el Proyecto elevado por el Ejecutivo se preveía una acertada regulación sobre las sanciones pecuniarias disuasivas: “Artículo 1714. Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Sin embargo, el texto finalmente sancionado quedó desdoblado en dos artículos, y se suprimió la incorporación del daño punitivo: “Artículo 1714. Punción excesiva. Si la aplicación de condenas pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. Artículo 1715. Facultades del juez. En el supuesto previsto en el art. 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

No se incorporó la originaria atribución reconocida a los jueces de incluir, conjuntamente con la indemnización reparatoria, una sanción adicional conforme el modelo de daño punitivo anglosajón, como mecanismo eficaz que apunte a proteger la vida y la salud de los potenciales damnificados, con un efecto disuasorio sobre

⁷² Cfme. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”, diario La Ley, del 10 de febrero de 2015.

los agentes que tienen aptitud para producir daños y que funciona adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para prevenirlos⁷³. Sólo se ha limitado la versión final a regular la punición excesiva, cuando concurren sanciones de distinta naturaleza.

En el art. 1737 del Anteproyecto y con igual numeración en la norma aprobada, se estableció que *"Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva"*. En los artículos siguientes (1738 a 1748), se adoptan los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales relativos al proceso de daños en materia de indemnización, requisitos, reparación plena, indemnización de consecuencias no patrimoniales, atenuación de la responsabilidad, dispensa anticipada de la responsabilidad, prueba del daño, acumulabilidad del daño moratorio, curso de los intereses, entre otras.

Todos ellos, si bien se refieren en general al proceso de daños, han sido concebidos desde la óptica individual. En efecto, el Anteproyecto había consagrado la Sección 5ª, en particular, a los Daños a los derechos de incidencia colectiva. El Proyecto procedió a su supresión total, con lo cual las normas de la sección 4ª resultarían de aplicación residual al proceso de indemnización de daños a un derecho de incidencia colectiva, lo cual no ofrece la coherencia buscada por la Comisión redactora. Repárese, por ejemplo, las disposiciones de los arts. 1738 y siguientes y sus alusiones a la víctima que no pueden trasladarse, sin más, a una pluralidad de víctimas de un daño homogéneo, pero con mayor dificultad aun, a los intereses difusos o indivisibles. En este punto resulta objetable la supresión efectuada por el Poder Ejecutivo⁷⁴.

La redacción original del Anteproyecto que incluía una Sección sobre los daños a los derechos de incidencia colectiva y fue suprimida por el Poder Ejecutivo Nacional se encontraba redactada en los siguientes términos: *"Sección 5ª Daños a los derechos de incidencia colectiva artículo 1745. Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para actuar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante;*

b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

"Artículo 1746. Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional".

"Artículo 1747. Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.

"Artículo 1748. Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado".

En el art. 1745 se preveía en los daños colectivos, de ser posible, la reposición al estado anterior al hecho generador, o en caso de ser imposible o insuficiente, su in-

⁷³ Conf. BUERES, Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 158-159.

⁷⁴ Cfme AZAR, M. José "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión", disponible desde www.pensamientocivil.com.ar/doctrina, antes citado.

demnización dineraria, como también se establecía la legitimación respectiva para accionar; el art. 1746 caracterizaba los rotulados derechos individuales homogéneos; y regulaba igualmente la legitimación procesal activa para demandar su reparación; el art. 1747 pautaba los presupuestos de admisibilidad para la representación adecuada y para la viabilidad de la pretensión colectiva relativa a derechos individuales homogéneos; el art. 1748 estatuyó sobre los alcances de la sentencia, con el consecuente atributo de la cosa juzgada, vinculada a los procesos colectivos donde se debatían cuestiones relacionadas con derechos individuales homogéneos. En los fundamentos brindados por la Comisión sobre el tópico, se sostuvo que se siguieron las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia “Halabi”, del 24 de febrero de 2009 (Fallos: 332:111) y el proyecto de reformas a la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), elevado oportunamente al Congreso de la Nación. También se expresó que se tuvieron en cuenta las experiencias y conclusiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que aprobó en Caracas el 28 de octubre de 2004 la versión definitiva del Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica. Se tuvo igualmente como fuente el artículo 1622 del Proyecto de 1998. En la regulación de estos aspectos se expresó que se habían evitado las cuestiones procesales, que no corresponden al ámbito del Código. Sin embargo, entendieron según lo indicado, que era necesario dar algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el Código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor.

La labor de la Comisión redactora de un Anteproyecto de Código Civil y Comercial unificado fue remarcable, ya que adoptaba la tendencia general en materia de procesos colectivos. Sin embargo, la clasificación de los derechos de incidencia colectiva tuvo una importante poda, al excluirse del art. 14, la referencia a los derechos colectivos referentes a derechos individuales homogéneos, perfilados por la jurisprudencia de la Corte en el caso “Halabi”. También se excluyó en su tratamiento legislativo la regulación de la propiedad comunitaria indígena, que a pesar de las críticas de que fue objeto el Proyecto por las organizaciones respectivas, se perdió la oportunidad de que se reglamentara, desde la reforma, el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. Se eliminó la redacción originaria del art. 241 que tutelaba el acceso al agua potable para fines vitales. También se suprimió la incorporación que hizo el Anteproyecto en el art. 1714 y que subsistió en el Proyecto enviado al Congreso, respecto a los daños punitivos para quienes actuaran con grave menosprecio de los derechos de incidencia colectiva. Se excluyó toda una Sección referida a los daños a los derechos de incidencia colectiva (arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto). No obstante, todo ello, se incorporó en el art. 14 el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y se puso un límite al ejercicio de los derechos individuales cuando pudieran afectar al ambiente y los derechos de incidencia colectiva en gene-

ral. Esta pauta fue reiterada en el art. 240 al referirse al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, que debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, que debe conformarse a las regulaciones nacionales y locales y no afectar el funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas y valores culturales. Se agregó en el art. 1737 dentro del concepto de “daño” la lesión a un derecho de incidencia colectiva.

Si bien se ha desperdiciado una gran ocasión de sentar en un Código de fondo una regulación exhaustiva de los derechos de incidencia colectiva, es un avance que estamos en presencia de un Código que no se detiene solamente en la regulación de los derechos individuales —como acontece en la mayoría de los códigos en el Derecho Privado comparado— dándole una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva en consonancia con la Constitución Nacional y siendo consecuente con los fundamentos del Proyecto, donde los autores se preocuparon por manifestar que este ordenamiento establece una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el Derecho Público y el Derecho Privado⁷⁵. Esta perspectiva se ve plasmada en los arts. 1º y 2º donde se contempla a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos como fuentes del derecho civil y comercial, como normas de aplicación inmediata y herramientas para su correcta interpretación. Todo un avance.

XI. SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS DE CARÁCTER PASIVO

Hasta ahora hemos analizado la situación del administrado desde un punto de vista activo, como titular de derechos. Pero correlativamente, el ciudadano también está sujeto a deberes y obligaciones, en su vínculo jurídico con la Administración. El deber, nace de una prescripción legal y no de una relación jurídica intersubjetiva; por ejemplo, el deber de no ensuciar la ciudad, no hacer ruidos molestos, cumplir con el calendario de vacunación de los hijos, votar, etc. Los deberes de los ciudadanos se corresponden con las potestades genéricas de la Administración, que puede exigir su cumplimiento con el fin de tutelar el interés general o el bien común. A veces a esos deberes se los llama “carga pública” como es la de ser testigo en un juicio o integrar una mesa electoral.

Debemos además distinguir los “deberes” de aquellas obligaciones que surgen en cabeza del administrado como consecuencia de una relación de sujeción especial con la Administración. Así, el propietario de un inmueble de respetar las pautas del código de edificación; el alumno de una universidad los reglamentos de cursado

⁷⁵ Cfme. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. “Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”, diario La Ley, del 10 de febrero de 2015, antes citado.

y correlatividades. Otras veces, se dan en el marco de una relación contractual. Así por ejemplo el empleado público debe llegar a horario y desempeñar sus tareas con dedicación y eficiencia; el contratista de obra pública debe respetar los plazos de ejecución de la obra; el concesionario de transporte urbano tener las unidades en condiciones y respetar las frecuencias, etcétera.

CAPÍTULO VI LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

I. ADMINISTRACIÓN ACTIVA

Para llevar adelante sus cometidos la administración pública dicta actos administrativos y reglamentos, realiza hechos, celebra contratos, entre muchas otras cuestiones. En esta parte de la obra trataremos de conceptualizar y distinguir las diferentes figuras que tienen lugar dentro de la actuación administrativa.

Con tal propósito abordaremos los principales lineamientos de la administración pública activa, de carácter consultivo, de control y jurisdiccional.

El acto administrativo es una declaración de voluntad, dictada en ejercicio de función administrativa que produce efectos jurídicos individuales, directos e inmediatos, tal como lo analizaremos con mayor profundidad en el Capítulo VII.

Ya hemos visto en el Capítulo III que los reglamentos autónomos son normas generales y abstractas dictadas en ejercicio de función administrativa. De esta manera, mientras el acto administrativo es individual y necesita ser notificado para producir efectos, el reglamento es general y debe ser publicado para adquirir eficacia. Existe, además, supremacía jerárquica entre reglamento y el acto lo que impide que éste se aparte del contenido de un reglamento dando lugar a lo que se denomina como teoría de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

También, tenemos los actos de la administración que son aquellos que son dictados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos internos en la administración pública (dictámenes, por ejemplo). En cambio, el acto administrativo produce efectos que trascienden la esfera de la administración.

Los hechos administrativos, en cambio, son conductas materiales de la administración que pueden producir efectos jurídicos o no. Los primeros se llaman hechos jurídicos mientras que los segundos hechos de la administración. A su vez, debemos distinguirlos de las vías de hecho que son comportamientos materiales que debiendo concretarse en un acto administrativo se llevan adelante sin cumplir con

dicha obligación. Como ejemplo puede citarse el caso en que en vez de declararse mediante un acto administrativo, previo dictamen técnico, que un inmueble está en ruina y que debe demolerse, la administración procede directamente a su demolición con personal estatal.

En esa línea el art. 9° de la LNPA dispone que “*La Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; b) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado.*” A su vez el art. 25 dispone que “*La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: [...] d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.*”

La configuración de la vía de hecho requiere la irregularidad del comportamiento material estatal¹.

También debemos aludir a los actos políticos, de gobierno o institucionales; son aquellos que hacen a la relación entre los poderes, o a altos fines del gobierno, como puede ser la declaración de guerra o el estado de sitio. La consecuencia más relevante que se pretende derivar de esta categorización es que dichos actos no queden sometidos al control judicial².

En nuestra opinión, no puede existir —al menos como regla— resquicio de la actividad estatal que queda fuera del control judicial, razón por la cual la categoría de cuestiones políticas no justiciables debe ser siempre residual y de interpretación restringida³.

Por último, debemos señalar que la administración pública también celebra contratos administrativos con los particulares, cuestión que será tratada en otra parte de esta obra.

¹ GRECO, Carlos M., “Vías de hecho administrativas”, *La Ley*, 1980-C-1210.

² GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t. 8, 1ª Ed., 2013, Buenos Aires, p. 418.

³ Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso “Las cuestiones justiciables de la actividad administrativa en la Jurisprudencia de la Corte”, en AA.VV., PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (Dir.), *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 297.

II. ACTIVIDAD INTERNA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Dictamen

El dictamen es un parecer de la administración realizado por un idóneo o especialista en la materia involucrada. Si bien contiene una gran cuota de valoración personal de quien lo confecciona no debe ser totalmente subjetivo sino ajustarse a normas técnicas.

En lo concerniente a su naturaleza jurídica debemos catalogarlos como actos de la administración; son preparatorios de la voluntad de la autoridad pública y su efecto jurídico es interno, razón por la cual no son, en principio, pasibles de recurso administrativo. En esa tónica, el art. 80 del RNPA⁴ dispone que “*Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles*”.

La primera aclaración que debemos efectuar es que los dictámenes si bien no son recurribles, son impugnables por el interesado, quien de esa forma pone de resalto las irregularidades que contiene de modo tal que sean tenidas en cuenta por quien luego debe dictar el acto administrativo. Incluso, en algunos ámbitos esa posibilidad se encuentra expresamente prevista, como en el caso de los concursos docentes universitarios, en donde el dictamen de jurado académico —por lo general— puede ser impugnado debido a su relevancia técnica y a los derechos que se encuentran en juego.

En segundo lugar, es necesario plantear el caso de los dictámenes que son notificados. La doctrina considera que cuando se ponen en conocimiento del administrado pasan a tener la calidad de actos administrativos⁵. Otros se han manifestado en contra⁶.

Los dictámenes pueden clasificarse en facultativos, obligatorios, vinculantes o no vinculantes. En aquellos ámbitos donde no existe una previsión expresa la autoridad pública puede decidir si solicita un dictamen a alguna persona idónea, que no necesariamente debe pertenecer a la administración pública. Por ejemplo, cuando el Gobernador decide solicitar al Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba una opinión sobre un proyecto de ley sobre contratos administrativos. En estos casos, el funcionario puede decidir si solicita o no el dictamen.

⁴ Reglamento de procedimiento administrativo (Decreto 1759/72).

⁵ Para ampliar puede verse: COMADIRA, Julio R., “El acto administrativo hoy”, en AA.VV. *El derecho administrativo argentino hoy*, Ciencias de la administración, Buenos Aires, 1996, ps. 55 y ss.

⁶ SUAREZ, Gladys, “Dictámenes notificados”, en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2009, p. 602.

En otros supuestos, como cuando en el ámbito federal están afectados derechos subjetivos o intereses legítimos, es obligatorio solicitar el dictamen del servicio jurídico. El cumplimiento de tal exigencia es tan importante que la omisión de requerirlo importa la nulidad del acto administrativo. Así, por ejemplo, la LNPA en el art. 7 inc. d) dispone que antes de emitir un acto administrativo *"deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considerase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos"*.⁷

En algunas hipótesis, como la del dictamen previsto en el art. 99, inc. 4 de la CN que el Consejo de la Magistratura de la Nación eleva al Presidente con la terna de candidatos a jueces federales para que proponga uno de los ternados, su efecto es vinculante. Ello quiere decir, que la autoridad no puede apartarse del orden de mérito allí dispuesto, es decir, no tiene la posibilidad de designar a quien no ha sido incluido en la misma.

2. Informes. Estudios. Proyectos

Aquí la actividad interna de la administración, a diferencia del dictamen, es objetiva, producto de una constatación⁸. Así, por ejemplo, cuando se solicita un informe sobre la cantidad de inasistencias injustificadas que tiene un empleado público.

El estudio consiste en un análisis realizado por personal técnico de la administración que se realiza de manera previa o posterior a adoptar una determinada decisión⁹.

Habitualmente se denomina proyecto al trabajo encomendado a un profesional (abogado, arquitecto, etcétera) con cierta finalidad. Se contrata, por ejemplo, a un grupo de ingenieros para la construcción de puente que requiere características especiales que no puede ser realizado por el departamento técnico de la administración pública.

⁷ Para ampliar puede verse: CASSAGNE, Ezequiel, "El dictamen de los servicios jurídicos de la administración", La Ley 15/08/2012, p. 1.

⁸ ALTAMIRA GIGENA, Julio L., *Lecciones de derecho administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 195.

⁹ Idem, p. 196.

III. ACTIVIDAD DE CONTROL

1. Control financiero en el sistema federal

La actividad financiera de la administración pública es el conjunto de procedimientos mediante los cuales el Estado obtiene ingresos y efectúa gastos públicos para la satisfacción del interés general¹⁰.

Tal como lo describe el art. 2 de la Ley 24.156¹¹ *"La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado"*.

Está integrada por los siguientes sistemas, que deberán estar interrelacionados entre sí: Sistema presupuestario; Sistema de crédito público; Sistema de tesorería; Sistema de contabilidad. Cada uno de ellos estará a cargo de un órgano rector, que depende directamente del órgano que ejerza la coordinación de todos ellos.

Los sistemas de control financiero del Estado federal, como veremos, se desarrollan tanto en el ámbito interno como externo del sector público nacional y está asentado en la obligación de los funcionarios de rendir cuentas de su gestión (art. 3° de la ley 24.156).

a) Control interno

El control interno de la administración pública está a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y de las Unidades de Auditoría Interna (UAI) a crearse en cada organismo.

La SIGEN es una entidad autárquica dependiente del Presidente de la Nación. Su función principal es el control interno de las jurisdicciones que componen el PEN y los organismos descentralizados. Sin embargo, es bueno destacar que su función es dictar normas, contralar y coordinar dado que la responsabilidad de la auditoría interna le corresponde al titular de cada jurisdicción, y que éstas son supervisadas y coordinadas técnicamente por la SIGEN¹².

Entre sus funciones se destacan las siguientes: a) Dictar y aplicar normas de control interno, las que deberán ser coordinadas con la AGN; b) Emitir y supervisar la apli-

¹⁰ Cfr. ORGAZ, Jorge, "El procedimiento de control de la administración financiera del Estado", AAVV, VELEZ FUNES, Ignacio (dir.), *Derecho procesal administrativo*, t. I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, p. 175.

¹¹ B.O. 29/10/1992.

¹² IVANEGA, Miriam M., "Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos", en AA.VV. *Responsabilidad del Estado del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 604.

cación, por parte de las unidades correspondientes, de las normas de auditoría interna; c) Realizar o coordinar la realización por parte de estudios profesionales de auditores independientes, de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones; d) Vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación; e) Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación; f) Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las unidades de auditoría interna; g) Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, orientar y supervisar su ejecución y resultado; h) Comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna y acordadas con los respectivos responsables; i) Atender los pedidos de asesoría que le formulen el PEN y las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría; j) Formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; k) Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público; l) Mantener un registro central de auditores y consultores a efectos de la utilización de sus servicios

La SIGEN está a cargo de un síndico general de la Nación que es designado por el PEN y depende directamente del Presidente de la Nación. Para acceder al cargo es necesario poseer título universitario en el área de ciencias económicas o derecho y una experiencia en Administración Financiera y Auditoría no inferior a los ocho años. Es asistido por tres síndicos generales adjuntos, quienes sustituirán a aquél en caso de ausencia, licencia o impedimento en el orden de prelación que el propio síndico general establezca.

El control tiene las siguientes características: a) es posterior, es decir, se efectúa luego de realizadas las actividades administrativas y financieras por cada entidad; b) es integral, esto es, se realiza sobre todas las áreas de las actividades (presupuestario, económico, financiero, patrimoniales, normativos y de gestión) y c) es integrado, pues no solo abarca los aspectos legales contables y financieros sino también la evaluación de proyectos, programas y operaciones con un control fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia¹³.

¹³ CHAPMAN, William L., "Crónica resumida del proceso de control gubernamental y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de control de la Administración Financiera del Estado, Régimen de la Administración Pública, N° 169, p. 76.

En otro andarivel, se encuentran las UAI que realizan un control previo y posterior¹⁴, y funcionan en cada jurisdicción dependiendo jerárquicamente de la máxima autoridad jerárquica, pero están coordinadas por la SIGEN¹⁵. En consonancia con ello, "La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de los auditores internos deberán mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen" (art. 102, Ley 24.156).

Cabe destacar, que el objeto de la Auditoría no es la detección de errores o irregularidades sino el examen *a posteriori*¹⁶ sobre la base de una planificación adecuada que se traduce en la emisión informes que cuentan con el debido respaldo documental¹⁷ y formulando recomendaciones y observaciones¹⁸. En algunos casos, como lo destaca Barra, las UAI pueden actuar en forma previa al dictado del acto prestando asesoramiento sin carácter vinculante y sin que ello pudiera afectar el cumplimiento del acto¹⁹.

b) Control externo

La AGN es un órgano de control externo del sector público nacional ubicado en la esfera del Poder Legislativo Nacional con autonomía funcional (art. 85, CN) Le corresponde el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Interviene necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

En lo que respecta a su integración, se encuentra encabezado por un presidente designado por los presidentes de ambas Cámaras del poder legislativo (art. 123) a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el

¹⁴ MERTHEKIAN, Eduardo, "El control interno en el ámbito nacional. Unidades de Auditoría Interna, en AA.VV., *Control de la administración pública*, RAP, Buenos Aires, p. 140.

¹⁵ Vid. ZILLI DE MIRANDA, Martha, "El control interno de la Administración pública en el ámbito nacional: la Sindicatura General de la Nación", en AA.VV. *Control de la Administración pública, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2009, p. 76.

¹⁶ Conforme el art. 103 de la ley 24.156.

¹⁷ LAPIERRE, José Augusto, "Los controles de la administración pública", en *El derecho administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 105.

¹⁸ IVANECA, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 148.

¹⁹ BARRA, Rodolfo, El rol de los institutos centrales de control en los ordenamientos jurídicos: el modelo argentino, en RAP, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, n° 259, p. 16.

Congreso y compuesto por siete auditores siendo designados tres la Cámara de Senadores y tres por la Cámara de Diputados (art. 122).

Desde el punto de vista de su naturaleza, es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional y financiera, y tiene a su cargo el control externo del sector público nacional²⁰.

Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos. (art. 17) También, el control externo posterior del Congreso de la Nación será ejercido por la AGN.

Entre sus funciones (art. 118) se destacan las siguientes: a) fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones normativas en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes; b) realiza auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones; c) audita a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito conforme con los acuerdos que, a estos efectos, se llegue entre la Nación Argentina y dichos organismos; d) examina y emite dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la administración nacional, preparados al cierre de cada ejercicio; e) controla la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectúa los exámenes especiales que sean necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento. A tales efectos puede solicitar al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y al Banco Central de la República Argentina

²⁰ El art. 8º de la Ley 24.156 dispone que "Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. e) Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

(BCRA) la información que estime necesaria en relación a las operaciones de endeudamiento interno y externo; f) audita y emite dictamen sobre los estados contables financieros del BCRA independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser contratada por aquélla; g) realiza exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por sí o por indicación de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas; h) audita y emite opinión sobre la memoria y los estados contables financieros así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del Estado; i) fija los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de éstos; j) verifica que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos.

A los fines de llevar adelante sus funciones la AGN puede: a) realizar todo acto, contrato u operación que se relacione con su competencia; b) exigir la colaboración de todas las entidades del sector público, las que estarán obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones; c) promover las investigaciones de contenido patrimonial en los casos que corresponda, comunicando sus conclusiones a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas a los fines del inc. f de este artículo; Además, deberá: d) formular los criterios de control y auditoría y establecer las normas de auditoría externa, a ser utilizadas por la entidad. Tales criterios y las normas derivadas, deberán atender un modelo de control y auditoría externa integrada que abarque los aspectos financieros, de legalidad y de economía, de eficiencia y eficacia; e) presentar a la Comisión mencionada, antes del 1º de mayo la memoria de su actuación; f) dar a publicidad todo el material señalado en el inciso anterior con excepción de aquel que por decisión de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, deba permanecer reservado (art. 119).

2. Control financiero en el sistema provincial

a) Control interno

Según lo establece la Const. Prov. (art. 151) la Contaduría General de la Provincia tiene como función el registro y control interno de la gestión económica, financiera y patrimonial en la actividad administrativa de los poderes del Estado. Realiza en forma descentralizada el control preventivo de todos los libramientos de pago, con autorización originada en la ley general de presupuesto o leyes que sancionen gastos, sin cuya intervención no pueden cumplirse.

Está a cargo de un Contador Público, con diez años de ejercicio en la profesión, designado y removido por el Poder Ejecutivo.

Dentro de dicho organismo encontramos a la Dirección de Auditoría que tiene a su cargo el control de la gestión económica, financiera y patrimonial de la actividad administrativa del poder ejecutivo, legislativo y judicial. Posee funciones normativas, de supervisión y coordinación, asesoramiento e información (art. 97, Ley 9086²¹).

b) Control externo

El Tribunal de Cuentas (TCP) está receptado en la Const. Prov. (art. 126), es decir que se trata de un organismo de control que tiene jerarquía constitucional. Se encuentra integrado por tres miembros, que pueden ser ampliados por ley siempre que sea impar y no exceda de siete. Son elegidos por el pueblo con representación de las minorías y duran cuatro años en sus cargos. Se exige para acceder al cargo ser argentino, abogado o contador público, con diez años de ejercicio en la profesión, cinco años de residencia en la Provincia y haber cumplido treinta años de edad.

En que como lo destaca SESIN sin la intervención del TCP el acto no nace a la vida jurídica careciendo de eficacia²², pues se trata de un control externo, dado que no pertenece a la organización administrativa ni depende de los poderes del Estado, e integral, habida cuenta que es preventivo, concomitante y posterior²³.

Entre sus atribuciones se destacan las siguientes: 1) Aprueba o desaprueba en forma originaria la inversión de los caudales públicos efectuada por los funcionarios y provinciales, y cuando así se establezca, su recaudación, en particular con respecto a la ley de presupuesto y en general acorde lo determine la ley. 2) Interviene preventivamente en todos los actos administrativos que dispongan gastos en la forma y alcances que establezca la ley. En caso de observación, dichos actos sólo pueden cumplirse, cuando haya insistencia del Poder Ejecutivo en acuerdo de Ministros. De mantener la observación, el tribunal pone a disposición de la Legislatura, en el término de quince días, los antecedentes del caso. 3) Realiza auditorías externas en las dependencias administrativas e instituciones donde el Estado tenga intereses y efectuar investigaciones a solicitud de la Legislatura. 4) Informa a la Legislatura sobre las cuentas de inversión del presupuesto anterior, en el cuarto mes de las sesiones ordinarias. 5) Actúa como órgano requirente en los juicios de cuentas y responsabilidad ante los tribunales de justicia. 6) Elabora y propone su propio presupuesto al Poder Ejecutivo; designa y remueve su personal.

²¹ B.O. 21/02/2003.

²² SESIN, Domingo J., *Derecho administrativo en reflexión*, RAP, Buenos Aires, 2001, p. 505.

²³ Cfr. ORGAZ, J., "El procedimiento de control...", t. I, ob. cit., p. 207.

3. El control de la ética pública y de la corrupción

a) Aspectos generales

i) Evolución: La corrupción, como desnaturalización del poder²⁴ no es un fenómeno reciente sino que remonta su origen a unos milenios atrás, tal como lo demuestran las obras que se han dedicado a esta temática²⁵. Lo que sí tiene cierta actualidad es el creciente avance de esta problemática, la consiguiente preocupación que han evidenciado los estados y la internacionalización del flagelo.

Con relación a lo primero, cabe señalar, que se ha advertido desde un tiempo a esta parte que la corrupción—al menos desde el punto de vista político—atenúa contra las bases del Estado de Derecho en sus diversas versiones (Estado democrático, Social, Constitucional, etc.) o regímenes comunistas²⁶, al generar inestabilidad institucional y desconfianza de los ciudadanos que terminan socavando el ejercicio mismo del poder.

La segunda cuestión, es el producto del auge de las operaciones financieras internacionales, del comercio transnacional y la globalización tanto de la economía como de la política, que han ido creando un contexto favorable para que las conductas corruptas vayan aumentando gradualmente. Por tal motivo, en los considerando de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción²⁷ se señala que "la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella".

Fue precisamente en la década de 1970 que el gobierno de los EE.UU comenzó a detectar la existencia de empresas de esa nación que pagaban sobornos a los funcionarios públicos de los países—generalmente subdesarrollados—en donde pretendían hacer negocios, sean estos públicos o privados. Así, durante la presidencia de Richard Nixon (1969-1974), como consecuencia de esas prácticas, surgieron los conocidos casos de "Watergate" y "Lockheed".

²⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Ética, política y urbanismo", *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 333 p. 83, esp. p. 98.

²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ nos recuerda que ya Séneca escribió, hace muchos siglos, que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos. ya que desde la aparición del poder, la corrupción lo acompaña como la sombra al cuerpo (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La Ética Pública", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 283, p. 1 y 2) Para ampliar sobre el derrotero histórico de la corrupción, véase GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, Planeta, Buenos Aires, 1993, ps. 35 y ss.

²⁶ Así lo demuestran las declaraciones del Presidente Raúl Castro con relación a la realidad cubana (cfr. www.elmundo.es)

²⁷ En adelante CNUCC.

Tan grave fue la situación que terminó con el mandato de dicho presidente y el dictado en 1977 de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)²⁸ Esa ley disponía que las empresas estadounidenses o que residían en ese país del norte, sus directivos, empleados o agentes, que hayan ofrecido o prometido o dado el pago en dinero o en especie o funcionarios o políticos extranjeros o candidatos a ello para que actúen o ejerzan influencia para lograr o alcanzar el acuerdo mercantil eran pasibles de la aplicación de una multa o de prisión. Cabe destacar que esa normativa no penalizaba los "pagos de engrase" o los actos de corrupción entre privados.

Las críticas que se dieron contra la misma hicieron que diez años después fuera modificada por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (OTCA) por la cual se eliminaron ciertas vaguedades, se ampliaron las penas y se mejoró la técnica legislativa que habían sido los principales defectos de su antecesora²⁹.

Ello, a partir de 1990, fue motivando el dictado de normativas internas por diferentes países³⁰ pero, sobre todo la preocupación internacional. Así, por ejemplo en 1994 se realizó en EE.UU el primer Congreso Internacional de Ética pública, en 1996 se celebró el Convenio de la OCDE³¹ sobre soborno transnacional y tuvo lugar la Convención Interamericana Contra la Corrupción³². El año siguiente el Consejo de la Unión Europea aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la esa unión.³³ De la última década merece destacarse la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003) y sobre todo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción³⁴ (2006).

²⁸ Ley de corrupción en las prácticas extranjeras.

²⁹ MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 191.

³⁰ Puede citarse, por ejemplo, la ley polaca de anticorrupción de 1992, o la *Corruption and Economic Crime Act* de Bostwana de 1994.

³¹ Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico. El Consejo de esa organización, el 3 de abril de 1998, adoptó una serie de principios de índole ética, recomendando a los países miembros que los establecieran en sus administraciones para asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones y la promoción de la conducta ética de los servidores públicos. Ese instrumento internacional surgió de la necesidad de establecer reglas de juego claras para las inversiones de las empresas de los países más desarrollados. En el año 2000 fue ratificada por la República Argentina.

³² Cabe destacar que solo se refiere a la corrupción pública. Allí se estableció la figura del enriquecimiento ilícito, dispone la cooperación en materia de personas (extradición) y de bienes (asistencia mutua legal para embargos e inmovilización). En el art. III regula lo relativo a la prevención y, por último, está la parte penal que es considerada la más fuerte. (En adelante CICC).

³³ A ello se suma el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1995.

³⁴ Ese instrumento extiende la corrupción a los privados. Le da la misma importancia a la prevención que a la cooperación y lo penal pero se suma el tema del recupero de activos. La prevención toma protagonismo a través de diversas figuras: 1) La política de prevención es obligatoria así como los organismos de prevención; 2) se regula el tema de las contrataciones públicas y el conflicto de intereses.

ii) Corrupción y democracia: Como dijimos con anterioridad, el problema de la corrupción no es solo de índole jurídico o moral en donde hay que castigar a quienes realizan este tipo de prácticas o re-educarlos, sino que en los últimos lustros se ha advertido los graves efectos nocivos que provoca ese mal sobre los regímenes democráticos y sobre la reglas que rigen en un Estado de derecho.

La mejor muestra de ello es que la CICC al señalar en sus considerandos que "la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos" y que "el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social". La misma línea se sigue en la CNUCC al indicar que "*Los Estados Parte en la presente Convención Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*".

Pues, como lo señala MALEM SEÑA, la corrupción corroe los fundamentos que de la moderna teoría de la representación que está bajo el ideal democrático.³⁵ Es que, para dicho autor, el círculo vicioso de corrupción e impunidad "produce en el ciudadano una sensación de que 'todo vale', un descreimiento aun mayor en el sistema judicial y un incentivo más para operar como un *free riders*. Se genera de ese modo una cultura de la corrupción donde muchos pretenden alcanzar sus metas a través de métodos ilegítimos y donde el que cumple con las leyes pierde siempre"³⁶.

Con similar orientación PÉREZ HUALDE³⁷ entiende, por ese motivo, que el campo de la corrupción no solo debe involucrar la temática referida al enriquecimiento de los funcionarios públicos sino que "se ubica en el terreno de la frustración de los fines perseguidos por la leyes del Estado" ya que considera, como otros³⁸, que la esencia de la corrupción está en la actitud del sujeto de colocarse por encima de la ley, de las reglas, que rigen a todos sus conciudadanos y de manipular el orden normativo en su beneficio.³⁹ Por tal razón, concluye dicho autor que la corrupción "no es otra cosa que una manifestación moderna de la crisis que afecta al principio de legalidad siendo un cuestionamiento abierto al Estado de Derecho".

³⁵ MALEM SEÑA, J., ob. cit., p. 121.

³⁶ Idem, p. 127.

³⁷ PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción", LL, 20/06/2011.

³⁸ NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Ariel, 2005.

³⁹ PÉREZ HUALDE, A., ob. cit., p. 3.

En esta línea GARZÓN VALDÉS⁴⁰ compara al corrupto con el revolucionario dado que ambos se subleban contra el sistema con la particularidad que el corrupto necesita del sistema para mantener su predominio y, en cambio, el revolucionario quiere que el sistema caiga para darle lugar a otro.

En esto Said es claro al señalar que la falta de probidad de los funcionarios públicos pone en debate el problema capital de la lealtad democrática pues la proliferación de actividades corruptas indica la existencia de un problema mayor y más profundo: la tendencia a sustituir el ideal democrático de cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal⁴¹.

iii) Aproximación conceptual: Ahora bien, como ocurre con otras nociones⁴², no resulta fácil saber a qué nos referimos cuando hablamos de corrupción dadas las dificultades para establecer un concepto. De hecho, amén de las diversas apreciaciones doctrinarias sobre el punto, en los mismos instrumentos internacionales que regulan la cuestión los países firmantes no han podido consensuar ni siquiera una definición, tal como acontece con la CICC y la CUNCC⁴³.

A pesar de las aludidas dificultades algunos autores han afrontado la difícil tarea de definir a este fenómeno. Así, por ejemplo, MALEM SEÑA⁴⁴ al diferenciar la corrupción de otras figuras jurídicas ha señalado los siguientes atributos de la corrupción: a) Tiene una marca de carácter individual; corruptor y corrompido se conocen y sellan su acuerdo de una manera indubitable; b) Constituye un modelo de influencia que va contra ciertas reglas que gobiernan la práctica política democrática; c) La actividad es secreta o realizada en un marco de discreción que procura ocultar la acción corrupta; d) Se persigue un beneficio extraposicional en donde la ganancia no debe ser necesariamente económica sino que también puede ser política, sexual, laboral, etc.; e) Implica la violación, activa o pasiva, de un deber posicional establecido por un sistema normativo de referencia⁴⁵.

⁴⁰ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 211.

⁴¹ SAID, José Luis, "La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y el reglamento", en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 499.

⁴² Con relación al interés público vid.: WUNDER HACHEM, Daniel, *Principio constitucional da supremacía do interesse público*, Forum, Belo Horizonte, 2011.

⁴³ Se ha destacado que hubo arduos debates en el seno del Comité Especial para tratar de llegar a una definición consensuada de "corrupción", sin embargo ello no fue posible. (RAIGORODSKY, Nicolás R., *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. act., Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, Buenos Aires, p. 27).

⁴⁴ MALEM SEÑA, J., ob. cit., ps. 24 y ss.

⁴⁵ De ello se deriva que una acción moralmente corrupta puede estar penada en un país y no en otro o, incluso, puede no estar regulada en ningún sitio pero ser moralmente reprochable. A modo de ejemplo puede traerse a colación el caso de los "pagos de engrase" que están criminalizados en algunos sitios y en otros no.

Por su parte, GARZÓN VALDÉS⁴⁶ ha sostenido que: a) el concepto de corrupción está lógicamente vinculado con el de sistema normativo, es decir que no se puede hablar de corrupción sin hacer referencia al contexto normativo en donde el acto corrupto tiene lugar; b) en los actos o actividades corruptas interviene por lo menos un decisor; c) la corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta traición con el sistema normativo y d) requiere, además del decisor, la intervención de una o más personas decisoras o no.

Estévez sostiene que la mayoría de las definiciones de la corrupción se han efectuados desde la estadística o desde la economía y que resulta necesario abordar la temática desde el punto de vista ético-individual, es decir teniendo en cuenta al individuo como autor de conductas morales y como responsable de ellas. A su vez, entiende que los factores estructurantes de la corrupción son: 1) concentración de poder y profundización de las desigualdades; 2) "ethos" tecnocrático, eficientismo, pragmatismo; 3) baja institucionalización; 4) individualismo extremo y 5) grandes transiciones, crisis o cambios⁴⁷.

iv) Reflexiones sobre causas y efectos: Al estudiar esta temática no puede soslayarse que cualquier enfoque que se haga de la corrupción debe ser de carácter multidisciplinario⁴⁸ y no meramente jurídico, pues sus causas y consecuencias son multivocas: jurídicas, sociales, políticas, éticas, económicas, filosóficas, etcétera⁴⁹.

Amén de ello, entendemos en que el Derecho puede hacer una gran contribución—sobre todo desde el punto de vista preventivo—para resolver el problema de la corrupción y de la falta de conductas éticas, estableciendo reglas claras y precisas, tanto de actuación como de contralor que permitan disminuir los efectos nocivos de este mal.⁵⁰ Pues, como lo ha apuntado MAIRAL, "cuando el Derecho está presente la corrupción disminuye; cuando el Derecho desaparece surgen otros factores que inciden en la decisión pública. La corrupción es el mas importantes de esos otros factores"⁵¹.

⁴⁶ GARZÓN VALDÉS, E., ob. cit., p. 202.

⁴⁷ ESTÉVEZ, Alejandro M., "Corrupción y políticas públicas: algunos factores estructurantes; apuntes para una agenda de investigación, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 5.

⁴⁸ Vid. BUTELER, Alfonso, "La eficacia del control de los organismos de ética pública y anticorrupción" en AA.VV. *Cuestiones de Control de la Administración Pública (Administrativo, legislativo y judicial)*, RAP, Buenos Aires, 2010, ps. 529 y ss.

⁴⁹ Ello sin desconocer el papel que pueden cumplir otras disciplinas en la solución del problema (Vg. Ciencias de la administración o ciencias políticas).

⁵⁰ Para VANOSI, en cambio, la corrupción provoca una situación de descreimiento en el sistema jurídico en donde las sociedades entran en una especie de anomia en donde entra a regir la ley de la selva y en donde el derecho resulta impotente para paliar esa realidad. (VANOSI, Jorge R. "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", ED, 149:745).

⁵¹ MAIRAL, Héctor A., "El efecto de la crisis en el Derecho", *Revista del Régimen de la Administración Pública*, n° XXVI-2, p. 239.

Tampoco, se puede desconocer, que muchas veces el derecho actúa como aliado de la corrupción, al crear una estructura "paralela"⁵² o que ha sido creada para favorecer esas prácticas irregulares, tal como se ha sostenido respecto de la República Argentina⁵³. Por ello, GARZÓN VALDÉS destaca la paradoja que se presenta con la corrupción en los sistemas democráticos ya que quien está en el poder, por un lado, rompe las reglas de juego al obtener un beneficio extraposicional pero, por el otro, le interesa que ese sistema se mantenga para poder seguir llevando adelante esa actividad espuria⁵⁴.

Por lo general, desde el punto de vista criminal, el acto corrupto genera un efecto cascada o una "bola de nieve" dado que muchas personas físicas o jurídicas que han cometido actos de corrupción luego se ven obligados a manipular los asientos contables para que no se advierta la irregularidad o a incurrir en el delito de lavado de dinero o en la necesidad de intentar sobornar a funcionarios judiciales para no ser descubiertos, etcétera.

Además, desde el punto de vista normativo la atribución de facultades discrecionales a la autoridad pública⁵⁵, por lo general, facilita la concreción de prácticas corruptas pues, como señala Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ esas potestades en muchos casos se ejercen "en clave patrimonial y en beneficio personal en lugar de aspirar al servicio solidario de los intereses colectivos"⁵⁶. Según MAIRAL, en la República Argentina, ello es insuficiente ya que es muy común, incluso, que se pidan sobornos para aplicar la ley⁵⁷ o que el funcionario honesto tenga miedo a resolver conforme a derecho por temor a ser sospechado como corrupto.

La corrupción también tiene íntima ligazón con el aspecto social habida cuenta que la situación que se presenta en cuanto a los índices de corrupción difiere de acuerdo al grado de desarrollo de una comunidad. Por lo general, en los países más avanza-

⁵² Vid. GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

⁵³ MAIRAL, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, RAP, Buenos Aires, 2007.

⁵⁴ GARZÓN VALDÉS, E., ob. cit., p. 208.

⁵⁵ La Corte ha distinguido la actividad reglada de la administración pública del ejercicio de facultades discrecionales de la siguiente manera: "mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos —reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)—, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)" (Fallos, 315:1361, consid. 6º, "Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos").

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, RAP, Buenos Aires, RAP, 2004, p. 39.

⁵⁷ Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Las raíces...*, ob. cit., p. 55.

dos, la corrupción se presenta a través de actos aislados y se concentra en los cargos más altos (ya que allí los controles son más difíciles, existen mayores intereses comprometidos y redes de interés que los protegen) y es baja en los estratos públicos inferiores; hay una cultura general de respeto a las reglas y los organismos de control actúan con eficacia detectando y castigando los actos de corrupción⁵⁸.

En los países en vías de desarrollado, en cambio, la corrupción impregna todo el Estado⁵⁹ dando lugar a un sistema de corrupción "institucionalizada" cuyas características según RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ⁶⁰ son las siguientes: 1) La burocracia posee criterios éticos externos que se contradicen con la práctica administrativa interna; 2) La *praxis* interna administrativa anima la omisión de los criterios éticos que se predicaban hacia el exterior; 3) Los funcionarios que se distinguen por su honestidad e imparcialidad son una excepción y deben renunciar a los beneficios de una actuación corrupta generalizada; 4) Los funcionarios corruptos, que son mayoría, son protegidos y cuando se los descubre se los trata con indulgencia mientras que los denunciantes son víctimas de persecución; 5) Los funcionarios honestos encuentran dificultades para desarrollar su labor profesional dentro de la esfera pública; 6) Los encargados de perseguir la corrupción raramente actúan y, cuando lo hacen, disculpan cualquier incidente como un hecho aislado; 7) Se produce la ausencia de la idea de servicio público. Los funcionarios contemplan al trabajo administrativo como una oportunidad para exportarlo en beneficio propio; 8) La corrupción crece allí donde los ciudadanos no se identifican con los intereses colectivos y donde las autoridades se distancian del pueblo y 9) Ausencia de virtudes cívicas. En estos países es más importante la ganancia personal que colaborar en la gestión de intereses colectivos.

En esa línea, una investigación de la Universidad de Harvard ha demostrado la relación existente entre corrupción e igualdad. Los países en donde hay más desigualdad social se presenta un mayor índice de corrupción. A partir de esa ecuación puede colegirse que la desigualdad facilita la corrupción y ésta aumenta la desigualdad en una relación de uno a cinco (un punto de corrupción cinco puntos de desigualdad social, aproximadamente)⁶¹.

Los datos numéricos confirman esa tendencia ya que una pesquisa ha demostrado que el costo social de la corrupción en la República Argentina desde el regreso

⁵⁸ Cfr. MORENO OCAMPO, Luis, "Una Propuesta de acción" en GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, Planeta, Buenos Aires, 1993, p. 129. Para evitar la corrupción en EEUU y otros países se ha regulado el tema de los conflictos de intereses dado que de esa manera se prevé la posibilidad de actos corruptos (Cfr. GARCÍA MEXIA, Pablo, "Reflexiones al hilo del Congreso Internacional de ética pública. Manifestaciones jurídico-públicas", *Revista de Administración Pública Española*, N° 95, 1993, p. 497).

⁵⁹ Cfr. GRONDONA, M., ob. cit., p. 60.

⁶⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, ob. cit., p. 152.

⁶¹ Cfr. KLIKSBERG, Bernardo, "Corrupción. Más allá de los mitos", disponible desde www.elpais.com

de la democracia en 1983 ha sido estimado en la suma de diez mil millones de pesos (unos dos mil quinientos millones de dólares, aproximadamente)⁶².

Asimismo, la corrupción impacta sobre lo económico en diversos frentes. Ello en virtud de que se dificulta el desenvolvimiento del comercio internacional, se encarecen los gastos del Estado que, en última instancia, los termina soportando el contribuyente a través de los impuestos, impide la equitativa distribución de las riquezas y la implementación de las políticas necesarias para la comunidad e implica la negación de servicios fundamentales que el Estado está obligado a brindar.

Así, la inversión pública tiende a aumentar en los países con índices más altos en corrupción, pero lo hace de una manera improductiva asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor de que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados o más productivos⁶³.

Tampoco la cuestión moral puede pasarse por alto ya que la falta de ética trae corrupción⁶⁴. Desde esta perspectiva, algunos creen que la corrupción es el producto de la degradación de los valores morales⁶⁵ en virtud del triunfo del materialismo exacerbado y el hedonismo. Es que, en el mundo actual se pone el acento en lo que uno tiene y no en lo que uno es⁶⁶ y el relativismo extremo, por otra parte, hace que los juicios de valor siempre dependan de la vara del juzgador, habida cuenta que de acuerdo a esta concepción, no hay nada que pueda catalogarse de correcto de una manera apriorística y ninguna persona tiene autoridad para hacerlo. El trasplante de esos razonamientos al campo de la ética nos impone el subjetivismo y nos obliga a descartar teorías de tipo objetivo.

En ese marco global, muchos funcionarios o empleados públicos ven a la función estatal como la oportunidad para beneficiarse a sí mismos, a sus familiares, a un partido político, etc.; su actuar no está ya incardinado a alcanzar el interés de la comunidad sino el propio. Apartir de ese panorama, esas personas no se sienten como servidores que sufren ante las carencias de los ciudadanos sino que éstas le son indiferentes ya que han perdido la sensibilidad y, por ende, la capacidad de ver personas y problemas en los expedientes administrativos⁶⁷.

Dado ese panorama, Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ señala que los códigos deontológicos se muestran como una barrera que pone coto a la corrupción. Sin embargo, admite que la vida moral se resuelve dentro del corazón del hombre en la

⁶² Cfr. con informe "La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción" desde www.acij.org.ar.

⁶³ MALEM SEÑA, J., ob. cit., p. 178.

⁶⁴ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Ética y función pública", LL, 2005-D-1097, esp. p. 1102.

⁶⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, ob. cit., p. 6.

⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, ob. cit., p. 172.

⁶⁷ Ídem., p. 40.

intención recta y en el saber y no responde a comportamientos externos aunque admite que el cumplimiento de los parámetros éticos responde a la obligación de transparencia⁶⁸.

Desde esta perspectiva GARZÓN VALDÉS plantea cuatro diversas tesis sobre la moralidad en la corrupción⁶⁹. En primer lugar menciona la *tesis de la inmoralidad incondicionada de la corrupción* según la cual ésta es siempre condenable pues implica siempre la destrucción de algo que se considera valioso, más allá de lo que dispongan las normas. En segundo lugar, menciona la tesis de la *inmoralidad relativa de la corrupción* según la cual, la corrupción puede ser una sustitución civilizada de la violencia y no obstante ser moralmente reprochable implica un progreso en la moral política de una sociedad en un momento determinado poniendo como ejemplo de ello la Inglaterra de las reformas de 1660 y 1668 en donde se sustituyó con el soborno, el patronato y la corrupción el método anterior del derramamiento de sangre. En tercer lugar, está la *tesis de la moralidad contextual de la corrupción* en donde la evolución moral de la conducta queda fuertemente ligada al contexto en donde se realiza. Por último, encontramos la *tesis de la moralidad funcional de la corrupción* en donde la corrupción en ciertos contextos, puede ser la manera para lograr la estabilidad de un sistema político que es moralmente mejor que la alternativa latente o la anterior a la que no se quiere retomar, citando como ejemplo casos de América durante el Siglo XVIII.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS ha señalado que contra la corrupción es primordial la educación en valores y en el respeto de los bienes públicos y la revitalización en la sociedad del valor de la conciencia moral y del interés público⁷⁰.

Al analizar esta temática PÉREZ HUALDE⁷¹ propone como los pilares anticorrupción los siguientes: a) la educación en valores; b) la transparencia; c) el acceso al empleo público mediante concursos públicos; d) el fortalecimiento de organizaciones públicas no estatales y e) la participación en la elaboración de las normas.

b) Organismos anticorrupción

b) 1. Pautas de los instrumentos internacionales anticorrupción

En lo concerniente a los organismos de control estatal, las convenciones anticorrupción más importantes contienen regulaciones abordan el asunto, estableciendo estándares que deben seguir los países miembros.

⁶⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Ética, política y urbanismo", ob. cit., p. 96.

⁶⁹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta", *Insomnia*, N° 21, octubre de 2004, citado por SAID, J. L., ob. cit., p. 496.

⁷⁰ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "El derecho administrativo ¿es fuente de corrupción?", en AA. V.V., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 389.

⁷¹ PÉREZ HUALDE, A., ob. cit.

En tal sentido la CICC, ha establecido pautas claras en el tema que nos ocupa, las cuales deben ser tenidas en cuenta por las autoridades locales bajo pena de responsabilidad internacional, pues sus preceptos son directamente operativos⁷², salvo en materia penal⁷³.

Con tal orientación, dicha Convención: a) Hace hincapié en el carácter preventivo del control; b) Impone la obligación de crear órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir detectar sancionar y erradicar las prácticas corruptas (art. III, 9) y c) Impone a los Estados el establecimiento de sistemas adecuados para recaudación y el control de los ingresos del Estado que impidan la corrupción. (art. III, inc. 6).

También, la CNUCC contiene disposiciones específicas con relación al tema al establecer la obligación de los Estados parte de:

a) Realizar una evaluación periódica para detectar si los instrumentos jurídicos y administrativos utilizados en el país para combatir la corrupción son adecuados.

b) Garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción y de otorgarles la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación de los empleados para el correcto desempeño de sus funciones que tienen asignadas (art. 6°).

c) Adoptar las medidas que sean necesarias, para alentar la cooperación entre, por un lado, organismos públicos de cada Estado Parte, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos (art. 38).

b) 2. La Oficina Anticorrupción (OA)

De acuerdo a la ley 25.233⁷⁴ que le dio nacimiento en 1999, la Oficina Anticorrupción se ubica en la esfera del Ministerio de Justicia de la Nación. Tiene a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el Sector Público Nacional⁷⁵ o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. Sin embargo, carece de competencia para realizar investigaciones en el ámbito

⁷² Carlos A. MANFRONI destaca que la operatividad no es inmediata en materia penal (*La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, 2ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 112).

⁷³ Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. XVI, 19.

⁷⁴ B.O. 14/12/1999.

⁷⁵ Art. 8° de la Ley 24.156.

del Poder Legislativo, del Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales.

Además, conforme lo dispone el Decreto 102/99⁷⁶ es la autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública⁷⁷ y de la CICC.

El art. 6° establece que la Oficina Anticorrupción está a cargo de un Fiscal de Control Administrativo, designado y removido por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia.

Entre sus competencias previstas en el art. 2° se destacan las siguientes: a) la facultad de recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto e investigarlos si correspondiere; b) investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos; c) denunciar ante la justicia competente los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; d) constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado. Adviértase que únicamente puede intervenir en causas penales en la calidad de querellante pero no tiene en su cabeza la posibilidad de llevar adelante la acción penal pues, de lo contrario, habría una injerencia del Poder Ejecutivo en el Ministerio Público, tal como lo entendió la Corte Suprema en el caso "Aslanian"⁷⁸; e) llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos.

El art. 3°, por su parte, sujeta el ejercicio de las principales funciones establecidas en el art. 2° al hecho de que el Fiscal de Control Administrativo considere la cuestión de significación institucional, económica o social, lo que pone de resalto para la doctrina la discrecionalidad que posee en dicha apreciación⁷⁹.

Como puede advertirse, en esa regulación, es fundamental el principio de oportunidad, a partir de criterios de significación institucional (exceso de poder, desviación de los fines de un organismo, etc.), social (situaciones en las cuales el funcionamiento del organismo tiene un impacto apreciable en la población) y económica (cuestiones relativas a la eficiencia con la cual es administrado un organismo)⁸⁰.

⁷⁶ B.O., 29/12/1999.

⁷⁷ Ley 25.188, B.O., 01/11/1999.

⁷⁸ Fallos, 329:1984, (2006).

⁷⁹ Cfr. ORGAZ, Jorge, "El procedimiento de control de las irregularidades administrativas", AAVV, Vélez Funes, Ignacio (dir.), *Derecho procesal administrativo*, t. II, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, p. 370.

⁸⁰ Cfr. MASSONI, José, "La Oficina Nacional de Anticorrupción", en AA. VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, 2ª ed., Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2009, ps. 759 y ss.

Cabe destacar que mediante el Decreto 54/2019⁸¹ se dispuso que la Oficina Anticorrupción tiene carácter de organismo desconcentrado de la Presidencia de la Nación.

Además, se estipuló que su titular tendrá rango y jerarquía equivalente a Ministro, dependerá funcionalmente del Presidente y gozará de independencia técnica y cumplirá las funciones que le competen sin recibir instrucciones del Presidente de la Nación ni de ninguna otra autoridad superior del Poder Ejecutivo.

En lo que respecta al aspecto adjetivo, una vez que detectada una supuesta trasgresión, las actuaciones deben pasar con dictamen fundado al Ministro de Justicia, a la Procuración del Tesoro de la Nación y al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate. Ese expediente servirá de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes en donde la Oficina Anticorrupción podrá ser tenida como parte acusadora con facultades de ofrecer, producir o incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

En nuestra opinión, si bien es elogiable que exista un organismo especializado en materia de corrupción⁸² el hecho de que el titular de la Oficina Anticorrupción sea designado por el Presidente de la Nación y su ubicación jerárquica dentro del Ministerio de Justicia, ponen en evidencia una clara falla estructural y el incumplimiento de los estándares establecidos por las convenciones internacionales a que aludimos más arriba. Ello, en tanto, dicho organismo de control, no tiene garantizada su independencia⁸³, habida cuenta que debe controlar a sus superiores y a quienes le asignan recursos. Pues, como lo recuerda CANDA, es una regla básica en materia de control que el controlante no dependa del controlado⁸⁴.

b) 3. La Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA)

Esta institución forma parte del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación⁸⁵. Está compuesta por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás magistrados que establece la Ley 21.383⁸⁶.

⁸¹ B.O. 21/12/2019.

⁸² ROSE ACKERMAN, Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 208.

⁸³ ALBERTSEN, Jorge, "La Oficina Anticorrupción", Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, N° 269-270, Madrid, mayo-diciembre 2004, p. 236.

⁸⁴ Cf. CANDA, Fabián Omar, "La Fiscalía de Investigaciones Administrativas", *ED*, 180:199, esp. p. 801.

⁸⁵ En tal sentido, el art. 120 de la Ley Fundamental dispone que "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

⁸⁶ B.O. 20/08/1976.

En virtud de ubicación institucional, al integrar un órgano extrapoder, tiene independencia con relación a los tres poderes estatales lo que resulta fundamental en la medida en que su actividad es exógena a la de los investigados⁸⁷.

Tiene como finalidad controlar la legalidad administrativa y en la hipótesis de que detecte irregularidades, ordenar a través de un dictamen que es vinculante, la instrucción de sumarios administrativos o —en su caso— denunciar penalmente y participar en las causas con los alcances que analizaremos más adelante.

La modificación de la ley 21.383 que permitía la remoción del Fiscal de Investigaciones Administrativas por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional tal como ocurrió en el recordado caso "Molinas"⁸⁸, ha sido un gran avance para lograr la independencia de este órgano de control. Es que en la actualidad la remoción dependerá de la decisión de un Tribunal de Enjuiciamiento que, a su vez, está sujeta al control judicial posterior.

También, es un aliciente que la designación de los miembros de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas se haga por concurso de oposición y antecedentes. Empero, es criticable que la terna que resulte de ese proceso de selección deba ser elevada al Poder Ejecutivo Nacional por el Procurador General para que proponga a uno de ellos al Senado para su nombramiento. A su vez, es destacable que los integrantes de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas posean estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco años.

Por su parte, el art. 45 de Ley Orgánica del Ministerio Público⁸⁹ establece que dicha autoridad de contralor tiene como funciones las siguientes:

a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado Nacional tenga participación, sea mayoritaria o minoritaria.

En caso de irregularidades debe remitir las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, las que servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes y la Fiscalía de Investigaciones Administrativas será tenida como parte acusadora, con iguales derechos a la

⁸⁷ Aunque, como lo destaca Fabián O. CANDA, lo más importante es su independencia del Poder Ejecutivo ya que es ese Poder quien es investigado por la FIA ("La Fiscalía de Investigaciones Administrativas", en AA. VV., *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, 2ª ed., Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 833).

⁸⁸ Fallos, 314:1091, (1991) En ese caso, frente al cuestionamiento —por vía de amparo— contra la legitimidad de un decreto del P.E.N. por el cual se había resuelto separar de su cargo al Fiscal de Investigaciones Administrativas sin la realización de un sumario previo, la Corte Suprema rechazó la demanda.

⁸⁹ Ley 24.946, B.O. 23/03/1998. En adelante LOMP.

sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.

c) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia con la intervención necesaria del Fiscal de Investigaciones Administrativas o de los magistrados que éste determine.

d) Tiene intervención cuando en el curso de un proceso judicial en sede penal se efectúe imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, el juez de la causa deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

e) Asimismo, para los casos en que los fiscales del fuero no estuvieren de acuerdo con la prosecución de la acción, puede la Fiscalía de Investigaciones Administrativas asumir en cualquier momento el ejercicio directo de la acción pública.

Como puede advertirse, es un organismo que reúne muchas de las competencias y facultades deseables para luchar en contra de las prácticas vinculadas a la corrupción. Así, lo pone de resalto también la labor realizada por dicho organismo durante muchos años.

Sin embargo, a partir del dictado de la Resolución 147/08 del Procurador General de la Nación la situación que se presenta es diferente en tanto se han limitado notablemente las facultades de dicho organismo en la jurisdicción penal. En dicha resolución, dictada según dicho funcionario para precisar funciones, prerrogativas y competencia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, se sostiene que:

1) La Fiscalía de Investigaciones Administrativas nunca fue concebida como una fiscalía penal temática, investida de la facultad de monopolizar la representación del Ministerio Público Fiscal en casos de corrupción. En contra de esa postura explicitada se ha manifestado CANDA al sostener el carácter específico de la FIA y de los magistrados que la componen por sobre los demás fiscales⁹⁰.

2) En las causas iniciadas por denuncia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas mientras se mantenga la investigación a cargo del fiscal de la causa, aquella puede acceder al expediente y concertar cursos de acción con el fiscal pero siempre la representación es única y depende del fiscal a cargo.

⁹⁰ CANDA, F., "La Fiscalía..." ob. cit., p. 809.

3) Para que la Fiscalía de Investigaciones Administrativas pueda ejercer directamente las acciones necesario que previamente el fiscal de la causa haya exteriorizado un criterio contrario a la prosecución de la acción⁹¹. Los fiscales deben informar a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas cada vez que así lo decidan para que ésta pueda asumir la defensa.

Por nuestra parte destacamos, que la inteligencia asignada a dicho precepto normativo se opone a la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, habida cuenta que, si bien ante otro contexto normativo, en la causa "Ríos"⁹² el Alto Tribunal admitió en el ejercicio directo de la acción pública por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, aun ante la discrepancia del fiscal de la causa. Este criterio se repitió luego en "Caciatore" en 1988⁹³.

4) La Fiscalía de Investigaciones Administrativas no puede intervenir en las medidas cautelares.

5) Cuando una causa haya sido iniciada por una vía distinta a la denuncia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas los jueces se encuentran obligados a comunicar a aquella todos los casos en los que se halle imputado un funcionario público. En esos supuestos, también se debe garantizar la intervención judicial "necesaria" de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, pero siempre sujeto a la decisión del fiscal de la causa.

A partir de esa decisión del Procurador General de la Nación, el ejercicio de la acción penal directa por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas requiere de manera concurrente que la causa penal sea iniciada por ésta y que el fiscal federal competente tenga un criterio diferente al de dicho organismo de control en cuanto a seguir interviniendo en la causa.

Esa interpretación de las atribuciones de dicho organismo de combate contra la corrupción que propone la mentada resolución, si bien puede tener cierto respaldo normativo, violenta las prescripciones de las convenciones internacionales en cuanto obliga a cada Estado Parte a asegurar la independencia y a otorgarle las herramientas necesarias para que puedan hacer un eficaz control de la corrupción. No podemos sostener la existencia de un sistema de control eficaz de la corrupción si la Fiscalía de Investigaciones Administrativas no tiene facultades judiciales concretas.

En contra de la postura crítica que sostenemos se ha pronunciado BIANCHI⁹⁴ al señalar que dicha resolución del Procurador General constituye una interpretación de las facultades de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas ajustada al texto

⁹¹ Art. 45, inc. c de la LOMP.

⁹² Fallos, 310:1510 (1987).

⁹³ Fallos, 311:593 (1988).

⁹⁴ BIANCHI, Alberto B., "La alegada 'limitación' de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas", Supl. Const. 2009 (mayo), 01/01/2009, 54-LL, 2009-C-711.

de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Es que según dicho autor, bajo la Ley 21.383, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas podía, en cualquier causa denunciada por ella: (a) ejercer en forma directa la acción pública o (b) impartir instrucciones a los fiscales requiriéndoles informes. Por el contrario, la referida Ley Orgánica limita sus funciones a una "intervención necesaria", y solamente le permite ejercer la acción pública cuando los fiscales competentes tuvieran un criterio contrario a la prosecución de la acción. Por último, señala que si bien los términos "intervención necesaria" tal como dice la Resolución 147 son "discutibles y abiertos a debate", lo cierto es que tal intervención no puede equipararse a la del fiscal de la causa cuando ejerce la acción pública, ni tampoco puede suponer el desplazamiento de aquél, pues la Ley Orgánica no lo autoriza. Se trata de una actividad, tal como establece la Resolución 147, de colaboración y enriquecimiento de la tarea del fiscal, que debe llevarse a cabo en forma coordinada con éste.

Es importante destacar que mediante Resolución PGN 757/16 se aprobó el nuevo Reglamento Interno de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas.

IV. OTROS ORGANISMOS DE CONTROL

1. Defensor del Pueblo de la Nación

La CN en el art. 86 destaca que el Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que tiene plena autonomía funcional y no recibe instrucciones de ninguna autoridad contando con legitimación judicial. Tiene a su cargo la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Carta Magna y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de la función administrativa.

Esa disposición se complementa con el art. 43 de la CN cuando le permite al DPN interponer acción de amparo *"contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general"*.

Su designación y remoción está a cargo del Poder Legislativo federal y necesita del voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Dura en su cargo cinco años y puede ser renovado por una sola vez.

Su organización y funcionamiento fue regulado por la ley N° 24.284⁹⁵, requiriéndose para su designación ser argentino nativo o por opción y tener treinta años de edad como mínimo.

El DPN cesa en sus funciones por alguna de las siguientes causas: a) Renuncia; b) Vencimiento del plazo de su mandato; c) Por incapacidad sobreviniente acreditada de modo fehaciente; d) Por haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso; e) Por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley.

Puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos (art. 14).

Su ámbito competencial incluye la administración nacional centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional. Se incluyen, además, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. Es importante destacar que quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, y los organismos de defensa y seguridad.

En lo que tiene que ver con lo procedimental la queja que se presente debe hacerse por escrito y firmada por el interesado y consignarse los datos personales. Es importante advertir, que solo se reciben las presentaciones dentro de un año contado a partir del momento en que ocurriere el acto, hecho u omisión motivo de la misma.

Puede dirigirse al DPN toda persona física o jurídica que se considere afectada por los actos, hechos u omisiones. Siempre las actuaciones son gratuitas y no es necesario contar con patrocinio letrado.

Es importante que la queja se formule contra actos y omisiones de personas que estén bajo la competencia del DPN pues de lo contrario será derivada la presentación a la autoridad competente. No debe darse trámite a las quejas en los siguientes casos: a) Cuando advierta mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial; b) Cuando, respecto de la cuestión planteada, se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial (art. 21).

Puede rechazar también aquellas quejas cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

Es importante destacar que si durante la tramitación de la queja la persona interesada interpusiere recurso administrativo o acción judicial, cesa la intervención del DPN. En tal sentido, se ha pronunciado la Corte en numerosos precedentes al señalar que la ley 24.284 excluye expresamente, del ámbito de competencia del órgano amparista, al Poder Judicial (art. 16, párrafo segundo), y establece que si iniciada su

⁹⁵ B.O. 06/12/1193.

actuación se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención (art. 21)⁹⁶.

Las decisiones que resuelvan la admisibilidad de las quejas presentadas son irrecurribles (art. 22). Cuando es admitida el DPN debe promover una investigación sumaria para el esclarecimiento de las circunstancias denunciadas supuestos. Tiene la obligación de poner en conocimiento del organismo objeto del reclamo para que en el plazo de treinta días remita informe escrito. Respondido el mismo, si las razones invocadas por el organismo fueren justificadas el DPN dará por concluida la actuación comunicando al interesado tal circunstancia.

Todos los organismos y entes contemplados dentro del ámbito de competencia del DPN, y sus agentes, tienen la obligación de prestar colaboración, con carácter preferente. A tales efectos dicho órgano de control puede: a) Solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estimen útil a los efectos de la fiscalización. No se puede oponer disposición alguna que establezca el secreto de lo requerido. La negativa sólo es justificada cuando ella se fundamenta en la salvaguarda de un interés atinente a la seguridad nacional. b) Realizar inspecciones, verificaciones y, en general, determinar la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.

V. ADMINISTRACIÓN JURISDICCIONAL

Esta temática ya ha sido tratada en el Capítulo I de esta obra, razón por la cual remitimos a lo allí analizado en honor a la brevedad.

CAPÍTULO VII ACTO ADMINISTRATIVO

I. DEFINICIÓN

Como vimos en otra parte de esta obra (capítulo VI) en el desenvolvimiento de su actividad administrativa, el Estado adopta decisiones que producen efectos jurídicos individuales y concretos que se denominan actos administrativos y que surten efectos desde que son notificados al destinatario.

La noción de acto administrativo ha dado lugar a mucho debate doctrinario por la disparidad de enfoques pero, en general, existe cierta uniformidad en definirlo como toda declaración de voluntad, dictada en ejercicio de función administrativa que produce efectos jurídicos individuales.

Es una declaración mediante la cual se manifiesta la voluntad o se exterioriza un juicio de valor u opinión o una simple constatación de hechos¹.

Dijimos que es dictada en ejercicio de función administrativa. Ya hemos conceptualizado a la función administrativa en el capítulo I subrayando que la misma tiene lugar en las tres esferas estatales y aún fuera del Estado, como por ejemplo, en el caso de las personas jurídicas públicas no estatales (V.gr. colegios profesionales).

El efecto jurídico, que repetimos se dispara desde la notificación del acto es individual y concreto. Esto lo diferencia del reglamento que tiene efectos generales y abstractos, y del contrato administrativo que produce efectos entre las partes.

⁹⁶ Fallos, 326:2777, 321:1352, 323:4098, entre otros.

¹ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 183.

II. CARACTERES

1. Presunción de legitimidad

Como se sabe, una de las características que se le atribuye al acto administrativo es su presunción de legitimidad², cuyo origen debe remontarse al derecho francés³. Se trata de una presunción *iuris tantum* de que el acto ha sido dictado de conformidad al ordenamiento jurídico, que se mantiene mientras el acto no sea declarado nulo por la administración pública o por el Poder Judicial.

Es importante poner de resalto que, según nuestra opinión, no se trata de una cualidad ínsita en la noción del acto ni que tenga sustento constitucional sino que es el producto de una decisión legislativa que decide plasmarla en el ordenamiento jurídico de un Estado.

Sentado ello y teniendo en cuenta su consagración legislativa en el art. 12 de la LNPA, debemos preguntarnos si todos los actos deben presumirse legítimos. Un sector de la doctrina considera que el acto que porta una nulidad manifiesta continúa presumiéndose legítimo⁴ mientras no se declare formalmente su invalidez⁵, mientras que otros entienden que el acto administrativo viciado de manera ostensible carece de dicha presunción⁶ dado que “lo contrario importaría una actitud absurda, inconcebible en un jurista, quien no puede ‘presumir’ la perfección de un acto cuya invalidez surja a la vista”⁷.

En esta última tesitura se ha pronunciado la Corte en la causa “Pustelnik”, al sostener que la “presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta”⁸.

² En contra de la existencia de la presunción de legitimidad del acto administrativo se ha pronunciado Augusto DURÁN MARTÍNEZ desde el derecho uruguayo (vid., “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 2007, ps. 119 y ss.)

³ Cfr. SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique, *Construcción doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 155.

⁴ Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ley 19.549, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, t. I, 1ª reimpr. corregida, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 307; SAMMARTINO, Patricio M.E., *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, 1ª ed., Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 54; SESIN, Domingo J., “El acto administrativo en la legislación y la jurisprudencia de Córdoba: nulidades y vicios”, en A.A.V.V., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 242.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, ps. 532 y 545.

⁶ CASSAGNE, Juan C., “Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos”, *ED*, 15:995; VALLEFÍN, Carlos A., *Protección cautelar frente al Estado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 58; DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 228.

⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 5ª ed. actualizada, reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 483.

⁸ Fallos 202:122 “Pustelnik” (1976).

2. Ejecutoriedad

Otra de las características que se menciona del acto administrativo es su ejecutoriedad. Esta denominación corresponde al derecho italiano⁹ y consiste en la posibilidad que tiene atribuida la autoridad administrativa, para poder disponer luego de la notificación de la decisión, la ejecución de sus actos por sí y ante sí¹⁰, sin que resulte necesario acudir al auxilio del Poder Judicial empleando para ello el procedimiento de ejecución coactiva. Esa prerrogativa estatal se explica ante la necesidad de la administración pública de contar de manera oportuna con los instrumentos necesarios para la satisfacción eficaz de los intereses colectivos a los que está destinada a servir¹¹. Es decir, no es preciso, esperar la resolución acerca de su validez en el caso de que haya sido impugnado¹², habida cuenta que, el acto que se presume legítimo, tiene obligatoriedad y exigibilidad¹³.

El mencionado carácter en el sistema federal, según la doctrina, proviene del contenido de la realización operativa de la actividad de la administración pública y para su efectiva concreción no necesita de una norma legislativa que lo disponga, sino que encuentra su fundamento en la Constitución misma, en el art. 99, inc. 1 ya que, luego de la reforma constitucional de 1994 el Presidente de la Nación sigue siendo el titular de la función administrativa¹⁴.

En nuestro sistema federal se halla consagrada la ejecutoriedad pues la LNPA, dispuso en el art. 12 que el acto administrativo “goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario”.

En virtud de ello, los actos administrativos pueden ejecutarse por la administración y, en consecuencia, los recursos administrativos o acciones judiciales que se interponen contra actos carecen de efecto suspensivo de su ejecución, salvo que exista una norma que disponga lo contrario.

Dicha circunstancia, pone en cabeza del administrado la carga de impugnar la validez del acto irregular que afecta sus derechos y adquieren relevancia los institutos

⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 37.

¹⁰ COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo”, *JA*, 1996-IV-750.

¹¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, ob. cit., p. 101.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 2ª reimpr., Civitas, Madrid, 1978, p. 400.

¹³ Cfr. DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, ob. cit., p. 227.

¹⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 142.

tos procesales como la acción de amparo o las medidas cautelares para repeler la ejecución por parte del Estado.

En nuestra opinión no se trata de una característica ínsita en el acto administrativo sino que es resultado de una decisión estatal. La mejor demostración de que no se corresponde con la esencia del acto es que existen sistemas en donde ella no está presente. Así, por ejemplo, en Alemania los actos administrativos no tienen ejecutoriedad sino que los recursos administrativos o las acciones judiciales paralizan el efecto del acto, el que no puede ser ejecutado a menos que la administración pública, mediante otro acto administrativo, decida la necesidad de ejecución coactiva; razón por la cual si la administración pública pretende su ejecución deberá aguardar hasta que se encuentre firme o necesitará declarar en otra decisión que en ello se halla comprometido el interés público.

3. Estabilidad

El acto administrativo tiene estabilidad hasta que no sea revocado por la administración pública por razones de ilegitimidad o de mérito o oportunidad o conveniencia, o declarado nulo por el Poder Judicial. Ampliaremos esta cuestión al referirnos al ejercicio de la potestad revocatoria.

4. Obligatoriedad

A diferencia de los particulares el Estado tiene la prerrogativa de tomar decisiones que son obligatorias para el administrado. Esto es lo que en Francia se llamó *préalable* y que suele confundirse con la ejecutoriedad. Un acto administrativo puede ser ejecutivo o no de acuerdo a si la ley ha consagrado o vedado esa prerrogativa de la administración. Sin embargo, la obligatoriedad es independiente de ello dado que la decisión produce efectos jurídicos, aunque el recurso administrativo o la acción judicial tenga efecto suspensivo.

5. Irretroactividad

Como regla el acto administrativo no puede tener efectos retroactivos sino para el futuro. Así, lo estipula el art. 13 de la LNPA cuando señala que *"solo podrá tener efectos retroactivos cuando sin afectar derechos adquiridos se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado"*.

6. Recurribilidad

Por exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, todo acto administrativo es recurrible y, en consecuencia, cualquier norma que lo prohíba debe ser declarada inconstitucional.

III. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En virtud del carácter obligatorio y, sobre todo, por la ejecutoriedad que tienen algunos actos administrativos en el sistema argentino adquiere relevancia, como forma de repeler los efectos de la decisión estatal, el instituto de la suspensión de sus efectos.

Esta posibilidad está contemplada en el art. 12 de la LNPA cuando norma que la administración debe de oficio o a pedido de parte suspender en sede administrativa los efectos del acto *"por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta"*; siendo dichas causales indistintas, esto es que basta la concurrencia de una de ellas para que proceda la suspensión.

La otra posibilidad es que el administrado lo solicite ante el Poder Judicial mediante una medida cautelar autónoma, es decir, de manera previa que se produzca el agotamiento de la vía administrativa. Para ello, ¿Es necesario haber requerido la suspensión en sede administrativa? Con la Ley 26.854¹⁵ que regula el régimen de medidas cautelares en las que el Estado Nacional es parte se ha dado respuesta a ese interrogante. Es que el art. 13 exige que con anterioridad se haya pedido la suspensión en sede administrativa y que la decisión sea adversa a la petición del administrado o que la administración no se pronuncie dentro de los cinco días.

Esa legislación, además, requiere a los fines de procedencia de la medida cautelar autónoma los siguientes recaudos: a) acreditar sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) demostrar la verosimilitud del derecho invocado; c) la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) la no afectación del interés público; e) que la suspensión judicial de los efectos no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El art. 5° *in fine* de la ley de medidas cautelares alude a la vigencia de este tipo de despachos cautelares prescribiendo que la medida se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía. El art. 8° segundo párrafo, por su parte, establece que *"Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa"*.

Asimismo, la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto puede plantearse conjuntamente con la demanda de nulidad del acto administrativo una vez que el acto ha causado estado por ser definitivo y haberse agotado la vía administra-

¹⁵ B.O. 30/04/2013.

tiva. En ese caso también debe cumplirse con los mencionados requisitos y su vigencia es de seis meses pero que puede renovarse si se dan los supuestos mencionados (art. 5°).

IV. ELEMENTOS ESENCIALES Y VICIOS

A continuación, efectuaremos un análisis de cada uno de esos elementos esenciales del acto administrativo y de sus correlativos vicios. Por razones puramente metodológicas y de orden estrictamente personal, abordaremos el tema separando cada uno de los elementos esenciales del acto y los vicios que pueden traer aparejada la nulidad absoluta. Sin perjuicio de ello, recordamos que la existencia de un defecto en alguno de ellos puede motivar el traslado de la irregularidad hacia los restantes componentes. Es que, como lo destaca GORDILLO, ante la concurrencia de varios vicios, “ellos tienden a ser potenciados recíprocamente”¹⁶.

1. La competencia

La competencia aparece como un elemento esencial del acto administrativo que constituye la primera condición de validez del mismo¹⁷ y debe ser concebido como un conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal¹⁸. En tal sentido, el art. 7°, inc. a de la LNPA prescribe como uno de los requisitos del acto administrativo, que el mismo sea dictado por una autoridad competente.

Así, estaremos indudablemente frente a casos de incompetencia en los siguientes supuestos: 1) Ante la inexistencia de la norma que otorga la competencia o atribución al órgano administrativo pues, la falta de potestad o de atribución concreta de la misma es, sin dudas, el supuesto máximo de incompetencia; 2) ante la prohibición expresa de la competencia del órgano¹⁹.

Entonces, el interrogante acerca de si un órgano ha actuado dentro o fuera de su competencia, se dirime cotejando en el caso concreto las normas que establecen sus atribuciones con el ejercicio de las mismas.

a) Incompetencia en razón del grado: recordando lo analizado en el capítulo IV, en esta subespecie de incompetencia, el órgano institución, ve limitado el ejercicio

de las atribuciones asignadas por el ordenamiento jurídico debido a su ubicación en la escala jerárquica, dentro de la organización administrativa del Estado.

Como nos enseña COMADIRA²⁰, la clasificación de la competencia según el grado, tiene estrecha vinculación con la ubicación que el órgano tenga dentro de la organización administrativa y el alcance de la misma varía en relación proporcionalmente inversa a la distancia que la separe del órgano que posee la máxima jerarquía. Así, cuando dentro de una misma entidad administrativa, un órgano dicte un acto que corresponde a otra autoridad por razón de jerarquía²¹ y, por lo tanto, no sea susceptible de confirmación por el superior, nos hallaremos en presencia de una nulidad absoluta.

b) Incompetencia en razón de la materia. Como vimos, dado que es la propia norma reglamentaria, legislativa o constitucional, la que asigna la competencia al órgano que emite su voluntad cuando éste se exceda dicho límite el acto portará un vicio.

A modo ilustrativo de este tipo de defectos puede citarse el precedente “Antinori”. En el mismo el P.E.N., había dispuesto el arresto del actor por medio de un decreto sin haberse declarado con anterioridad el estado de sitio conforme lo establecido en el art. 23 de la CN. El Tribunal es categórico en tal sentido, al manifestar que “no cabe duda que el Poder Ejecutivo dispuso el arresto sin que ninguna norma constitucional lo autorizara; por el contrario, asumió funciones que escapan a la esfera de su competencia y que resultan ser resortes propios del Poder Judicial”²².

c) Incompetencia en razón del territorio. La delimitación competencial territorial de un órgano administrativo se halla sujeta al espacio o zona en que el mismo puede ejercer, válidamente, las atribuciones conferidas por el ordenamiento aplicable a la especie. Si bien, la nulidad del acto por un vicio en tal elemento no es muy frecuente²³ existen supuestos, en donde puede generarse una la nulidad absoluta.

Tales extremos, se verificaron en el caso “Loma Negra”²⁴ donde, la Corte Nacional, puso de resalto un supuesto de incompetencia territorial. Se trataba de una acción interpuesta contra una resolución, dictada por la Dirección General del Trabajo de la Provincia de Santiago del Estero por la cual, se había convocado a una conciliación obligatoria la que, a su vez, ya había sido dispuesta por su par de Catamarca. La actora, sostenía la incompetencia de aquella dirección por entender

¹⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. IX-15.

¹⁷ Cfr. SARRIA, Félix, *Derecho Administrativo*, edición revisada y aumentada, Ediciones Alesandri, Buenos Aires, 1961, p. 130.

¹⁸ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 25.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., ob. cit., p. 415.

²⁰ COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 26.

²¹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentario a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 323.

²² Fallos, 321:2288, “Antinori” (1998).

²³ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 96.

²⁴ Fallos, 322:1208, “Loma Negra CIASA” (1999).

que la misma carecía de las facultades necesarias para afectar—en ejercicio del poder de policía— a un vecino de otra provincia. El Máximo Tribunal decidió que, a causa de que la planta industrial donde tuvo lugar el conflicto se encontraba en territorio catamarqueño la demandada carecía de facultades para disponer la conciliación obligatoria. Por ello, estimó que resultaba claro que la Provincia de Santiago del Estero, había excedido el ámbito de sus atribuciones constitucionales, al inmiscuirse en un conflicto ajeno a su jurisdicción. Luego, añadió, que la conducta de la demandada, había afectado con ilegalidad manifiesta el derecho de propiedad de la amparista, al imponerle una sanción para cuya aplicación no estaba facultada. Producto de los referidos fundamentos, decidió hacer lugar al amparo deducido, declarando la incompetencia de la demandada respecto del conflicto suscitado en el establecimiento industrial que la actora explotaba en la Provincia de Catamarca.

d) Incompetencia en razón del tiempo. Cuando la competencia de un órgano administrativo se encuentre supeditada al tiempo en que la misma se ejerce, aparece como relevante la fecha en que el acto se emite ya que, normalmente, la competencia se encuentra limitada por el factor temporal preestablecido. De lo que resulta, que su inobservancia determinará la nulidad del acto.

Desde la doctrina española, se ha evidenciado una postura restrictiva a la hora de propiciar la incompetencia temporal, hipótesis que sólo tendría cabida en aquellos casos en que el tiempo se halle previsto por la norma como esencialísimo²⁵. Empero, para GORDILLO²⁶, en el caso de los órganos colegiados, será necesario e imprescindible que se encuentre indicada la fecha en que se emite el acto administrativo, a los fines de poder fiscalizar el cumplimiento o no de los requisitos de quórum y sesión. De lo contrario, dicha situación será apta para generar la presencia de un supuesto de nulidad absoluta en donde el defecto invalidante aparezca de manera patente.

e) Competencia colegiada. El órgano colegiado, ha sido concebido por GARCÍA TREVIJANO-FOS²⁷, como aquel que se encuentra integrado por personas físicas, por sí, o como órganos de otros entes, los cuales manifiestan una voluntad que viene a constituir la de aquél.

La explicitación de esa voluntad aparece entonces como el resultado de un procedimiento que se halla integrado por diferentes fases entre las que se destacan la convocatoria, el quórum de asistentes, la discusión y la votación. La concurrencia de estas etapas, se consideran esenciales y por tal motivo, la falta de cualquiera de ellas, trae aparejado—en el sistema español— la nulidad radical del acto dictado.

²⁵ Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 402.

²⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, ob. cit., p. X-10.

²⁷ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, ob. cit., p. 407.

Evidentemente, que tal afirmación, es extensible a nuestro ordenamiento administrativo, pues su omisión vicia la decisión del órgano y la nulidad puede advertirse claramente. Ello por cuanto, la irregularidad surge de la omisión en el cumplimiento de lo ordenado por la norma respectiva.

También, un vicio en el elemento competencia del acto podrá dar lugar a una hipótesis de nulidad absoluta cuando se trate de competencia colegiada y el acto no sea suscripto por todos los integrantes.

Esta temática adquiere importancia, en el ámbito de la actividad desarrollada por los entes reguladores de los servicios públicos creados en la década del noventa, en cuanto varios de los marcos regulatorios de esas actividades, establecen competencia colegiada en la dirección de tales organismos²⁸.

Dicha conclusión, surge también de lo decidido por la Corte Suprema *in re* "Distribuidora de gas Pampeana"²⁹. En este caso, el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) había aplicado una multa a una distribuidora de gas. A los fines del dictado del acto sancionatorio, la normativa vigente exigía al ente, la concurrencia de la firma de los tres miembros del directorio y en el caso particular, la resolución que imponía la multa sólo había sido suscripta por dos de ellos. Basándose en que el marco regulatorio, determinaba en forma detallada y precisa la integración y funcionamiento del órgano, el Alto Tribunal confirmó la sentencia que había declarado la nulidad de multa.

2. La causa

El art. 7º de la LNPA establece que el acto, debe tener como base los antecedentes de hecho y de derecho, y el art. 14, inc. b del mismo cuerpo normativo, sanciona con nulidad absoluta el acto que carezca de causa, sea porque la misma no exista o por ser falsos los hechos o el derecho que se invoca.

Dicho elemento, entonces, reconoce dos especies bien marcadas. Por un lado, la causa material; esto es, se requiere que acaezcan en el mundo material acontecimientos, circunstancias, o que existan antecedentes que autoricen el dictado del acto. Por el otro, la causa jurídica que impone que los hechos encuentren fundamento en el ordenamiento jurídico³⁰.

²⁸ A modo ilustrativo puede traerse a colación el art. 58 de la ley 24.076, marco regulatorio del gas, que establece que "El directorio formará quórum con la presencia de tres (3) de sus miembros uno de los cuales deberá ser el presidente o quien lo reemplace y sus resoluciones se adoptarán por mayoría simple. El presidente o quien lo reemplace tendrá doble voto en caso de empate".

²⁹ Fallos 323:3139 y JA, 2001-IV-240, "Distribuidora de Gas Pampeana S.A." (2000).

³⁰ BARRAZA, Javier Indalecio, "Un importante fallo que decreta la nulidad de un acto administrativo. Análisis de la causa como elemento del acto administrativo", *LL Litoral*, 1998-2-814.

La base fáctica del acto administrativo puede hallarse comprometida cuando, los antecedentes de hecho que se invocan en la resolución resulten falsos, inexistentes o existentes pero que carezcan de sustento probatorio. Es decir, que la concurrencia de alguno de esos extremos vicia el acto y determina la nulidad absoluta e insanable del mismo.

Así, a modo de ejemplo de la ilegitimidad de un acto administrativo, en virtud de la ausencia del elemento causa, puede citarse la decisión de la Corte Suprema en "Hochbaum"³¹. En tal caso, el actor pretendía la anulación de una resolución del Rector de la Universidad de Buenos Aires, que tenía por objeto dejar sin efecto el título de médico expedido con anterioridad al actor, como consecuencia de haberse acreditado la falsificación de un acta de examen, por la cual, se había dado por aprobada una materia que en realidad no había sido rendida por el demandante. El cimiento Tribunal, contrariamente a lo decidido en la instancia anterior, estimó que la autoridad universitaria se encontraba autorizada para dejar sin efecto el título otorgado, en virtud de que se trataba de un supuesto de ilegalidad manifiesta que, a su vez, hallaba su fundamento en el evidente error de derecho y en la ausencia de un presupuesto de hecho indispensable para la validez de tal acto.

En lo que tiene que ver con los antecedentes de derecho, la situación es diversa a la planteada con relación a los antecedentes de hecho pues en esta situación, debe existir al momento del dictado del acto administrativo una correspondencia entre éste y el bloque de juridicidad. Esto implica, a su vez, que la nulidad del acto puede surgir de la mera confrontación de su contenido con la legalidad vigente.

Los antecedentes de derecho pueden encontrarse viciados, también, por la no aplicación de una norma que se encuentra vigente, del texto legal que correspondiere o por la aplicación de una norma derogada.

A modo ilustrativo puede citarse lo decidido en la causa "Richter"³², en donde la Universidad de Buenos Aires había excluido a la actora del curso de enfermería por no poseer el carácter de alumna externa perteneciente a los hospitales de dicha universidad. La Corte, al confirmar la sentencia del inferior que hacía lugar al amparo y declaraba inválida la decisión, estimó que esa exigencia carecía de sustento normativo dado que no se desprendía de la reglamentación vigente.

3. El objeto

El vicio en el objeto, es decir, en el contenido del acto administrativo, se encuentra caracterizado en la L.N.P.A., en su art. 14, inc. b, como un vicio consistente en la violación la ley. A diferencia de la denominación que surge de dicho cuerpo legal, el

³¹ Fallos, 277:205, "Hochbaum" (1970).

³² Fallos, 299:417, "Richter" (1977).

Máximo Tribunal Federal ha acudido, a través de sus pronunciamientos a otras locuciones como "error en la apreciación del derecho o de la prueba", "error grave de derecho, lindante con la incompetencia" o "apartamiento de lo dispuesto en normas legales"³³.

Dicho elemento tiene vigencia en el acto administrativo como la última ramificación de la juridicidad estatal³⁴ y consiste en el efecto práctico que se pretende obtener con su dictado³⁵. Por ello, corresponde la nulidad absoluta del acto si su contenido se contrapone al bloque de juridicidad³⁶, cualquiera sea su jerarquía.

Existen, también otros supuestos frente a la presencia de vicios en el objeto, que habilita el planteo de nulidad. Así, la violación del principio de igualdad ante la ley a través del dictado de un acto administrativo o cuando el mismo es discriminatorio. También será nulo el acto que tenga un contenido imposible por la dificultad material de cumplirlo sea por la inexistencia de su objeto o por oponerse a leyes físicas inexorables.

En "País Ahumada"³⁷, la Corte entendió que el decreto por medio del cual se dispuso el traslado de los actores excedía el marco de lo que razonablemente puede entenderse por reubicación del personal afectando de esa manera, el derecho a la estabilidad del empleado público consagrado en el art. 14 bis de la CN.

Más recientemente, la Corte Suprema en un caso en donde una persona cuestionaba por vía de amparo el acto administrativo por medio del cual se desestimó su solicitud de participación en un concurso convocado para el cargo de bibliotecario de ese tribunal por ser de nacionalidad cubana cuando la reglamentación exigía ser argentino, se declaró la invalidez del acto administrativo y la inconstitucionalidad del reglamento que le dio base a esa decisión³⁸.

4. La razonabilidad

Ya hemos analizado esta cuestión en el capítulo I al abordar el modo de control de la discrecionalidad así que remitimos a lo allí analizado.

Sin embargo, debemos remarcar que en la LNPA, la proporcionalidad—entendida como una especie de razonabilidad y como condición ineludible que debe cum-

³³ Cfr. COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 104.

³⁴ Cfr. COVIELLO, Pedro J., "La causa y el objeto del acto administrativo", en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 46.

³⁵ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, "Los motivos de impugnación del acto administrativo", *Revista de Administración Pública española*, N° 17, 1955, p. 39.

³⁶ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos*, ob. cit., p. 306.

³⁷ Fallos, 307:444 y JA, 1985-IV-191, "País Ahumada" (1985).

³⁸ Fallos, 331:1715, "Mantecón Valdés" (2008).

plir el acto administrativo—ha sido receptada por dicho cuerpo legal como un componente del elemento finalidad, al prescribirse que en el art. 7° que “*las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*”.

Pero, más allá de la ubicación dentro del texto de la ley 19.549, la razonabilidad —y con ello la proporcionalidad—, está atada a la vinculación entre objeto y finalidad del acto administrativo, con lo cual, la ausencia de tal recaudo determina la nulidad absoluta del mismo³⁹.

A modo ilustrativo de la irrazonabilidad, cabe citar la causa “Arenzón”⁴⁰ en la cual se había denegado al actor la inscripción en un profesorado de matemáticas por su baja estatura. Ante ello, la Corte Suprema señaló que “la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor —1,48 m— no guardaba razonable relación con el objeto de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importaba una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el art. 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración”.

En lo que tiene que ver con la aplicación del criterio de la proporcionalidad la causa “Demchenko”⁴¹ constituye un buen ejemplo. Allí, la Corte efectuó un control más intenso ya que además de revisar la relación entre medios y fines corroboró la relación de proporcionalidad entre ambos elementos del acto administrativo. En el caso, se trataba de la impugnación de una multa que se le había impuesto al actor en su carácter de propietario y armador de un buque de bandera extranjera. Allí, se convalidó la sentencia del inferior que había considerado que la sanción era desproporcionada en tanto había implicado un exceso de punición ya que el *quantum* de la multa superaba el valor del buque. Para arribar a ese resultado, el Máximo tribunal consideró que “la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración” agregando que “[e]n modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley”.

³⁹ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 127; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. VIII-15. Por su parte, COVIELLO señala que “la irrazonabilidad es primariamente predicable como vicio en el objeto, respecto al cual el elemento finalidad concurre como referencia o medida” (COVIELLO, Pedro J., ob. cit., p. 48).

⁴⁰ Fallos, 306:400, “Arenzón” (1984).

⁴¹ Fallos, 321:3103, “Demchenko” (1998).

5. Finalidad

El elemento finalidad, posee recepción normativa en el inc. f del art. 7° de la LNPA en cuanto el acto administrativo debe cumplimentar con el fin previsto por la normativa por cuyo conducto se otorgan las facultades al órgano emisor, quedando prohibido a éste, la posibilidad de perseguir encubiertamente otros fines, sean estos públicos o privados, distintos de los que justifican el dictado del acto⁴².

Como correlato de la exigencia de la integración de la decisión con ese recaudo, el art. 14, inc. b de dicho cuerpo normativo dispone la nulidad absoluta del acto cuando fuere emitido por violación de la finalidad que inspiró su dictado, es decir en violación del interés público⁴³.

Entonces, si la administración al tomar una decisión ha tenido en miras alcanzar un propósito diferente—sea público o privado—al prescripto por las disposiciones que habilitan su dictado⁴⁴, el acto se encontrará viciado por la existencia de desviación de poder⁴⁵ con su consiguiente invalidez, que no es otra cosa que la valoración teleológica de la actuación administrativa⁴⁶.

A partir de ello, la figura de la desviación de poder queda comprendida dentro de la noción de la arbitrariedad entendida esta última como el proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes pues la misma “se desenvuelve dentro del capricho inicuo contra los derechos de un tercero”⁴⁷ y “exhibe un juicio valorativo especialmente negativo frente a las normas”⁴⁸.

A modo de ejemplo de un vicio en la finalidad traemos a colación la causa “OCA”⁴⁹ en donde el juez de grado había hecho lugar a la demanda por la cual se requería el pago del remanente del precio del contrato de transporte de valijas postales con documentación confidencial hasta las delegaciones provinciales de la Secretaría de Inteligencia, vínculo que luego fuera prorrogado. Al arribar el expedien-

⁴² Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 46.

⁴³ Cfr. CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Causa, motivo y fin del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública española*, N° 58, p. 141.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., ob. cit., p. 455.

⁴⁵ Cfr. BENOIT, Francis-Paul, *El derecho administrativo francés*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 662.

⁴⁶ Cfr. RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública española*, N° 23, 1957, p. 114.

⁴⁷ FIORINI, Bartolomé, “Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan”, *LL*, t. 104, p. 1363.

⁴⁸ Desde un punto de vista subjetivo, la conformidad de la medida con los fines no debe enjuiciarse a la luz de la decisión cuestionada sino a través de la voluntad del órgano del cual emana el acto. En cambio desde una atalaya objetiva el fin se juzga a la luz de la media impugnada, exclusivamente (Cfr. RAMÍREZ ESCUDERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 292).

⁴⁹ Fallos, 321:174 “S.A. Organización Coordinadora Argentina” (1998).

te a la máxima instancia, la Corte entendió que el acto celebrado en las condiciones descriptas era irregular y, por tanto, susceptible de ser revocado, a lo que no obstaba que se estuviese cumpliendo porque, además de declararlo lesivo en su propia sede, la administración había solicitado la declaración judicial de nulidad pertinente por vía de reconvención. En particular con relación a dicho vicio sostuvo que *“Que al respecto cabe poner de manifiesto que la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable; por lo que, de acuerdo con el art. 7º, inc. f, de la ley 19.549, excede su poder el funcionario que fija aquél con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio”*.

6. La forma

Para que exista un acto administrativo, es necesario un órgano dotado de competencia que emita su voluntad conforme a una forma preestablecida normativamente y a través de un determinado procedimiento.

Sin entrar en el debate doctrinario acerca de la correlación, en el ámbito de la LNPA, entre elementos y vicios; adoptamos a los fines metodológicos la posición de ubicar dentro de las formas esenciales del acto administrativo a los vicios en la forma, en la motivación y en el procedimiento.

Con relación a ello se ha señalado que es el mismo ordenamiento quien determina la esencialidad de la forma como medio de transparencia y de garantía del bien común y del administrado⁵⁰. Desde la doctrina, se ha expresado que “en tanto el incumplimiento de una forma esencial signifique la configuración de una nulidad absoluta, la excusación resulta improcedente aun en el caso de que no se afectasen derechos de terceros, habida cuenta que, las formas tienen en el derecho público, un rol tuitivo no solo del interés particular sino, también, del propio interés público”⁵¹.

a) Procedimiento

El elemento procedimiento puede ser definido como el cauce formal que el ordenamiento ha dispuesto para que la administración resuelva un asunto⁵² y exprese su voluntad.

En el ámbito federal, el art. 7º inc. d de la LNPA prescribe que, previo a la emisión del acto administrativo, se deben llevar a cabo los procedimientos previstos por la normativa vigente y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. También, se regla como esencial el cumplimiento del dictamen proveniente de los servicios jurídicos permanentes de cada repartición pública, cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos. Por su parte, el art. 14 inc. b del mismo cuerpo legal determina la nulidad absoluta e insanable en caso de violación de las formas esenciales, entre las cuales se ubica el procedimiento.

Consideramos que la sanción de nulidad impuesta por la aludida disposición resulta acertada pues, como lo advierte COMADIRA⁵³ el debido proceso adjetivo, aparece como correlato de la garantía de defensa constitucional del art. 18 en sede administrativa, lo que implica que debe cumplirse inevitablemente cuando los derechos de los particulares puedan resultar afectados. Entonces, es pertinente afirmar que del texto de la LNPA se desprende que el acto administrativo se encuentra vacuo sin el procedimiento⁵⁴.

Debemos destacar que existen dos subespecies del debido procedimiento previo: pues, por un lado, tenemos el debido procedimiento adjetivo y por el otro, el derecho defensa.

El incumplimiento del debido procedimiento previo se produce cuando se omite realizar el cauce formal exigido por la norma (Vg. licitación, concurso, audiencia pública, etc.) lo que determina su nulidad absoluta.

Resulta ilustrativo de esta temática, lo sentenciado por la Corte Nacional en la causa “Adidas”⁵⁵. Según surge del pronunciamiento, la actora y otras empresas del rubro del calzado promovieron amparo, en contra del Estado Nacional, solicitando la nulidad de una resolución del Ministerio de Economía, por medio de la cual se dispuso la salvaguardia a la importación de calzados provenientes de terceros países del Mercosur basándose en que la normativa vigente, a los fines de tal prórroga requería, previamente, la realización de una investigación entre las partes interesadas y la Comisión Nacional de Comercio con las audiencias públicas respectivas. El Tribunal, remitiendo al dictamen de la Procuradora, confirmó lo decidido en las anteriores instancias, en cuanto habían hecho lugar al pedido de declaración de nulidad del acto amparo por encontrarse manifiestamente viciado el elemento forma, debido a la omisión en la realización del procedimiento de audiencia pública.

⁵⁰ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 308-309.

⁵¹ COMADIRA, Julio R., “Función administrativa y los principios generales del procedimiento administrativo”, en “130 años de la procuración del Tesoro de la Nación-1863-1993”, número especial de la Revista de la P.T.N., p. 91.

⁵² Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de derecho administrativo*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 55.

⁵³ COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 40.

⁵⁴ Cfr. COVIELLO, Pedro J., ob. cit., p. 46.

⁵⁵ Fallos, 325:1038, “Adidas Argentina y otros” (2002).

Más recientemente, el Alto Tribunal *in re* "Defensor del Pueblo"⁵⁶ en donde se impugnaba una resolución de la Secretaría de Telecomunicaciones se declaró la nulidad de tal acto administrativo en virtud de que no se había realizado la audiencia pública. En tal sentido, señaló que la omisión infundada, por lo demás de otorgar a los usuarios la posibilidad de participar, con carácter previo y como requisito de validez, en la elaboración de la resolución 2926/99, resulta manifiestamente "ilegal".

En lo que tiene que ver con el derecho de defensa hay que señalar que como correlato de la exigencia del art. 18 de la CN debe permitirse al administrado ejercer el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, tal como lo establece la LNPA en el art. 1º, inc. f.

Como ejemplo puede traerse a colación el caso "Russo"⁵⁷ en donde la Corte confirmó la sentencia que había declarado nula una resolución de la DGI, por cuyo objeto se había removido al actor de sus funciones y dispuesto su traslado, con clara violación del debido proceso adjetivo, en cuanto no se le había brindado la oportunidad de ser oído antes de la emisión del acto, de ofrecer las pruebas pertinentes, ni tampoco de obtener una decisión fundada.

Nuestra postura, nos obliga a descartar de plano la teoría de la subsanación; que propugna que la indefensión del particular, en sede administrativa, no implica la nulidad del acto administrativo si luego el interesado pudo ejercer adecuadamente su defensa ante la propia administración, al interponer un recurso o en sede judicial a través de una acción⁵⁸. Este criterio, ha sido convalidado por la Corte al señalar que "*cualesquiera sean las omisiones observables en el procedimiento administrativo, las mismas no bastan para configurar una restricción al derecho de defensa, cuando nada obsta para que la parte afectada alegue y pruebe lo pertinente en la instancia judicial*"⁵⁹.

b) La motivación

La motivación consiste en la explicitación de la causa —razones de hecho y derecho— que le da fundamento al acto administrativo⁶⁰ y también, de la finalidad

⁵⁶ Fallos, 329:4542, "Defensoria del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires" (2006) Disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

⁵⁷ Fallos, 322:235, "Russo" (1999).

⁵⁸ Una intachable crítica a dicha teoría, puede verse en CANDA, Fabián Omar, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación", en Supl. E.D., Serie Espec. de Derecho Administrativo, del 28/06/2002, ps. 5-6.

⁵⁹ Fallos, 305:1878, "Cas TV S.A." (1983).

⁶⁰ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 327; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Ley 19.549, 4ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 87.

perseguida por el mismo⁶¹ con el objeto de permitirle al administrado el conocimiento de los motivos que dan base a la medida y eventualmente, la defensa de sus derechos. El cumplimiento de ese recaudo por la autoridad pública de manera suficiente y expresa aparece de ese modo como una exigencia del principio de transparencia⁶² que impone la vigencia de los postulados de un Estado Democrático⁶³.

Esa es la inteligencia del inc. e del art. 7º de la LNPA cuando prescribe la motivación de todo acto administrativo y la explicitación concreta y precisa de las razones para el dictado del acto. En este orden de cosas, su inclusión dentro del elemento forma, implica que ante su ausencia el acto se encuentre viciado de nulidad absoluta, conforme lo establece el art. 14 inc. b de la LNPA⁶⁴.

Entonces, podemos afirmar con Sacristán⁶⁵ que la obligación legal de motivar los actos administrativos, independientemente de lo normado por la aludida normativa procedimental, constituye no sólo una exigencia de racionalidad sino también de constitucionalidad de la decisión administrativa y, por ello, sólo podrá prescindirse de tal obligación, en los actos administrativos donde únicamente se constata o certifica algo y en los actos tácitos, ya que no hay una manifestación de voluntad⁶⁶.

Con relación a ello, cabe agregar que de manera reciente la Corte Suprema ha considerado que en los casos de uso de facultades discrecionales por parte de la administración pública se impone una observancia mayor de la debida motivación⁶⁷.

⁶¹ Cfr. COMADIRA, Julio R., *El acto Administrativo en la ley Nacional de procedimientos administrativos*, ob. cit., p. 43. Por su parte, BARRAZA señala que "La explicación de los hechos debe ser certera y respecto del caso en cuestión. [...] Es decir, debe haber explicación de hechos y luego de ello, la explicación jurídica; ambas explicaciones no son independientes, se requieren mutuamente y se complementan. Por lo demás, la existencia de sólo una de éstas, afecta al acto administrativo tornándolo ilegítimo [...] Asimismo la falta de motivación no es un problema de forma sino de fondo, ya que esto se relaciona con el contenido de lo que el acto dispone, ya que una inadecuada motivación o su ausencia, generan una disfunción entre lo que se está decidiendo y los fundamentos para arribar a tal decisión. Es también, un problema que hace a la razonabilidad de los actos administrativos, puesto que los fundamentos que se otorgan para dictar un acto administrativo deben guardar estricta relación con lo que finalmente habrá de ser el objeto del mismo" (BARRAZA, Javier Indalecio, "La motivación del acto administrativo - Características que debe reunir y la importancia de la misma", LL, 1998-C-985).

⁶² Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, ob. cit., p. 529.

⁶³ Cfr. FREITAS, Juárez, *Discrecionalidad administrativa e o direito fundamental a boa administração pública*, Malheiros, São Paulo, 2007, p. 48.

⁶⁴ GORDILLO, señala que la falta de fundamentación no solo genera un vicio en la forma sino también el vicio de arbitrariedad, que trae aparejado la nulidad del acto (GORDILLO, Agustín, ob. cit., p. X-17).

⁶⁵ Cfr. SACRISTÁN, Estela B., "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 65.

⁶⁶ Cfr. GORDILLO, Agustín, ob. cit., p. X-15.

⁶⁷ CSJN, 22/8/2019, "FRO 9979/2015/CA2 - CS1 Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986".

A estos fines, estimamos correcta la postura de COMADIRA⁶⁸ al manifestarse partidario de exigir que la explicitación de los motivos y de la finalidad de acto, deba hacerse de manera concomitante a su dictado y no con posterioridad.

Ahora bien, resulta imprescindible determinar, en qué supuestos y bajo qué condiciones, el vicio en la motivación puede determinar la nulidad absoluta del acto administrativo. Este tópico fue abordado por la Cámara Nacional en lo Contencioso administrativo federal en un pronunciamiento en donde se dejó sin efecto un acto administrativo emanado del Consejo de la Magistratura de la Nación por falta de motivación⁶⁹. Es de destacar, por su factura jurídica, el voto del juez Coviello, quien luego de afirmar que el acto impugnado por la actora era de naturaleza administrativa, y que las valoraciones del mentado organismo no podían ser sustituidas por el Poder Judicial, añadió que dicha circunstancia, no lo eximían de fundamentar adecuadamente la decisión. En tal sentido, el aludido magistrado afirmó que *“toda decisión de naturaleza administrativa que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego”*.

V. ELEMENTOS ACCIDENTALES O ACCESORIOS DEL ACTO

Además de los elementos esenciales del acto administrativo existen otros que son denominados como accidentales o accesorios. Desde nuestro enfoque, ambos términos no pueden englobarse dentro de una misma categoría dado que responden a situaciones diferentes que tienen incidencia en los alcances de la nulidad que pueden sufrir el acto.

Es que cuando hablamos de algo accidental, hacemos referencia a algo no esencial, contingente, es decir, que puede o no estar pero no forman parte de su estructura. En cambio, lo accesorio alude a aquello que depende de lo principal.

Entre ellos puede, puede mencionarse al plazo, condición y el modo. El primero se verifica en aquellos supuestos en que el acto está condicionado al transcurso de un término, sea para producir efectos o para dejar de producirlos.

El modo implica que el acto administrativo queda sujeto al cumplimiento de una obligación accesorio. Así, por ejemplo, la adjudicación de un contrato se encuentra subordinada a la efectivización de una garantía de cumplimiento.

⁶⁸ COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 43. Asimismo, coincidimos con SACRISTÁN en cuanto que la motivación in aliunde y la realizada al momento del constatar el informe del art. 8° de la ley de amparo no pueden encontrar fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico. (SACRISTÁN, Estela B., ob. cit., p. 79).

⁶⁹ CNac. Contadn. Fed., Sala I, 20/11/03, “Mattera, Marta del Rosario c/ Consejo de la Magistratura Nacional—resol. 399/01”.

En cambio, hay condición cuando los efectos del acto se sujetan a la producción de un hecho futuro e incierto, el que puede ser natural o humano⁷⁰. Puede ser suspensiva cuando es necesario que se concrete para que el acto produzca sus efectos (Vg. Cuando la designación queda sujeta a la aprobación del examen psicofísico) o resolutoria, en aquellos casos en que el acto deja de producirlos por el acaecimiento del suceso (Vg. la designación interina cesa cuando el cargo es cubierto por concurso).

La irregularidad del acto derivada de una cláusula accidental o accesorio como regla no importa la nulidad de la medida, “siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido” (art. 16, LNPA).

En nuestra opinión, para determinar las consecuencias que deben derivarse de la irregularidad se debe analizar cuidadosamente cómo ha sido configurado el elemento accesorio o accidental pues a veces posee mucha importancia.

VI. NULIDAD

1. Actos nulos y anulables

También, la cuestión de la nulidad del acto administrativo está regulada en la LNPA. Así, se entiende que es nulo o de nulidad absoluta el acto que tiene un vicio grave sobre sus elementos esenciales o que carezca de uno de ellos⁷¹. Por otro lado están los actos anulables o de nulidad relativa que son aquellos que tienen un defecto que no llega a *“impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales”*. En ese caso dice el art. 15 de la LNPA que el acto será anulable en sede judicial.

Es importante, tener en cuenta la Ley de Ética pública N° 25.188⁷² cuando prescribe que los actos emitidos por todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías—en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal—, los magistrados, funcionarios y empleados del Estado que estén alcanzado por los supuestos de incompatibilidad o de conflicto de intereses mencionados en los arts. 13, 14 y 15 de dicha norma, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, en los términos del art. 14 de la LNPA.

2. Las nulidades en el Código Civil y Comercial

La nueva regulación, a diferencia de su antecesora, no contiene el binomio acto nulo y anulable habida cuenta que solo utiliza la categoría de nulidad absoluta y relativa, como patrón de ineficacia de los actos jurídicos.

⁷⁰ ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Lecciones de derecho administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 226.

⁷¹ COMADIRA, Julio, *La Ley*, p. 282.

⁷² B.O. 01/11/1999.

El Código Civil y Comercial considera de nulidad absoluta aquellos actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas (Art. 386.) Como puede apreciarse, lo que determina la nulidad absoluta es la afectación del interés público comprometido en la juridicidad del acto. En cambio, en el caso de la nulidad relativa lo que se protege es el interés de la parte afectada.

Como puede apreciarse, el criterio de distinción ya no es más, como en el Código Civil, la circunstancia de que la irregularidad aparezca manifiesta en el acto sino el interés que se afecta.

Sin embargo, debemos destacar que el carácter manifiesto de la nulidad conserva cierta importancia en el esquema del novel cuerpo normativo pero vinculado a una cuestión de índole procesal. Es que si el acto jurídico porta un vicio patente puede ser declarado de oficio por el juez mientras que si no surge de manera evidente del acto la declaración de nulidad debe solicitarla la parte afectada (art. 387).

Es importante remarcar que el carácter manifiesto debe estar presente al momento de dictar sentencia.

El criterio adoptado por el legislador, a tono con otras disposiciones de este cuerpo legal (arts. 1º y 2º), pone en un eje preponderante el juez al permitirle la declaración de nulidad absoluta de manera oficiosa cuando la nulidad absoluta sea manifiesta al momento de resolver.

3. Nulidad manifiesta

Esta especie de nulidad, en el derecho administrativo, debe ser diferenciada de la nulidad absoluta ya que ambas categorías tienen un fundamento diferente en tanto la primera, como vimos, está atada a la gravedad del vicio que se proyecta sobre sus vicios esenciales, en cambio, la segunda, proviene de lo palmario u ostensible del vicio⁷³, circunstancia que determina que el defecto invalidante de la medida no deba probarse⁷⁴.

Así, el mentado tipo de nulidad tiene como particularidad que el vicio del acto surge de manera palmaria y notoria de la decisión, de lo que se infiere que el defecto puede ser advertido a simple vista, sin que sea imperiosa la realización de una investigación fáctica para constatar su presencia. Pues, la mentada categoría "apunta a comprobar la violación del ordenamiento jurídico por la visibilidad externa del vicio

⁷³ COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 86.

⁷⁴ Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Ley 19.549, ob. cit., p. 116.

antes que por una falla intrínseca relacionada con la mayor o menor gravedad de la infracción⁷⁵.

HUTCHINSON, contribuyendo a la delimitación conceptual de tal noción, destaca correctamente la diferencia entre nulidad manifiesta y no manifiesta. De este modo, según el aludido autor la primera se presenta en aquellos casos en que el vicio que afecta el acto administrativo, surge patente y notoriamente de él, requiriéndose solamente la comprobación del hecho para constatar su existencia. La segunda, en cambio, se verifica en aquellos casos en que para llegar a ese resultado resulta preciso "hacer una investigación del hecho en razón de que el vicio no surge palmariamente del propio acto"⁷⁶.

Es útil recordar, que la aludida clase de nulidad administrativa, pareció haber quedado descartada del ámbito de esta rama del derecho público argentino después del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema Nacional en la renombrada causa "Los Lagos"⁷⁷, habida cuenta que, —según la doctrina que emanaba del fallo— en virtud de la presencia de la presunción de legitimidad en el acto administrativo, siempre era necesario la realización de una investigación de hecho, para acreditar la nulidad de aquél. De dicha conclusión, resultaba lógicamente, que prácticamente en ningún caso la nulidad del acto podía ser manifiesta dado que, la sanción de invalidez siempre sería el producto de una investigación judicial que constata la presencia del vicio en la decisión.

Pero, como lo señala MAIRAL, pronunciarse sobre la inexistencia de nulidades manifiestas, por la sola presencia de la presunción de legitimidad nos lleva hacia un razonamiento circular⁷⁸. Por lo tanto, si se sigue la línea argumental propuesta por el decisorio del Alto Tribunal, y ante la comprobación de un vicio patente, el acto sigue presumiéndose legítimo, debemos concluir en la desaparición de dicha especie de invalidez.

Aquella regla establecida por la Corte Federal, que recibió fuertes críticas de la doctrina especializada por su excesiva generalización⁷⁹, quedó de lado a partir del dictado de una nueva sentencia, que provocó el resurgimiento de la discusión sobre la vigencia de la nulidad manifiesta en el ámbito del derecho administrativo.

⁷⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Reflexiones en torno al sistema de validez de los actos administrativos", LL, 1988-E-1103.

⁷⁶ HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19.549, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, ob. cit., p. 306.

⁷⁷ Fallos, 190:142, "Los Lagos" (1941).

⁷⁸ Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 777. Según lo allí expuesto por dicho autor, "se trata justamente de decidir si ante la presencia de un vicio patente, para cuya demostración no es necesario más que yuxtaponer el acto con la norma aplicable, se considerará que el acto continúa presumiéndose legítimo. Si la respuesta es afirmativa podrá decirse que no hay nulidades manifiestas".

⁷⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 482; COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 85.

Es que, en 1975 en la causa “Pustelnik”⁸⁰ el Máximo Tribunal se refiere, específicamente, a dicha clase de irregularidad al expresar que “la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que sólo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible”.

Tal recaudo, fue requerido por primera vez en el recordado caso “Kot”⁸¹ que dictó la Corte Suprema en 1958 y plasmado luego en el art. 1º de la Ley de Amparo N° 16.986⁸² y en el art. 43 de la CN.

Es importante poner de resalto que desde el punto de vista procesal esta especie de nulidad tiene singular importancia dado que permite la impugnación de los actos administrativos a través de la acción de amparo, cuando concurren los recaudos para ello⁸³.

VII. EFICACIA

La condición de eficacia del acto administrativo es su notificación al interesado a diferencia del reglamento que dispara sus efectos jurídicos desde su publicación. Ello implica que al producir efectos desde su puesta en conocimiento del destinatario tampoco puede ser ejecutado hasta que se verifique esa circunstancia.

Es más, en los términos de la LNPA si la decisión es ejecutada antes de concretarse la notificación se considera una vía de hecho (art. 9º) que se puede ser cuestionada dentro de los noventa días directamente ante el Poder Judicial sin que sea necesario el agotamiento de la vía administrativa (art. 25, inc. d.)

VIII. EXTINCIÓN

1. Por cumplimiento del objeto

El acto administrativo se extingue por el cumplimiento del objeto para el que ha sido dictado. Pensemos a modo de ejemplo en un acto porque el que se dispone el traslado de una persona de un sector de la administración pública a otro y el mismo se concreta.

2. Expiración del plazo

Funciona en aquellos casos en donde el acto tiene una extensión temporal limitada; transcurrido el tiempo el acto deja de producir efectos. A modo ilustrativo puede pensarse en el supuesto en que se efectúa una designación por un tiempo.

3. Renuncia

El acto administrativo se extingue cuando el interesado o beneficiario renuncia al mismo. Por ejemplo, quien es designado para cubrir un cargo y decide no aceptarlo. Sin embargo, desde otra postura se sostiene que para que produzca efecto la renuncia debe ser aceptada por la administración pública.

4. Caducidad

Tal como lo establece el art. 21 de la LNPA la Administración tiene la facultad de declarar la caducidad de un acto administrativo en aquellos casos en que el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo. Para ello, es requisito ineludible que medie previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto. Ello no es así en el sistema cordobés en donde la Ley de Procedimiento Administrativo N° 5350 T.O. 6658 autoriza a la administración a declarar la caducidad, dado que el emplazamiento es facultativo (art. 112).

5. Retiro

Se produce cuando el acto administrativo es dejado sin efecto antes de ser notificado al interesado.

6. Revocación por ilegitimidad

a) Fundamento constitucional. La potestad para revocar los actos administrativos ilegítimos tiene sustento en la Ley Fundamental en diferentes cláusulas. Ya el Preámbulo insta a “promover el bienestar general”, el art. 31 establece la jerarquía normativa de las diversas fuentes—que se asegura con la revocación estatal de los actos ilegítimos—, el art. 99, inc. 1 pone en cabeza del Presidente de la Nación la responsabilidad política de la “administración general del país” y el art. 100 inciso 1, por último, establece que al Jefe de Gabinete le corresponde “Ejercer la administración general del país”.

Es decir, que desde ese plano, la prerrogativa de revocar actos administrativos en sede administrativa es factible desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, la Ley Fundamental también pone en claro cuáles son sus límites al prescribir en

⁸⁰ CSJN, 07/10/75, “Pustelnik Carlos” (Fallos, 293:133).

⁸¹ Fallos, 241:291, “Kot” (1958).

⁸² B.O. 20/10/1966.

⁸³ Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, *El amparo contra actos administrativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

el art. 17 que *"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley"*.

Para establecer el alcance de ese precepto sobre la potestad revocatoria debemos indagarnos acerca del concepto de propiedad y las implicancias de la exigencia de que exista una *"sentencia fundada en ley"*.

En lo que tiene que ver con la propiedad, la Corte Suprema la ha definido en la causa *"Bourdié"*⁸⁴ dictada en 1925 en donde se discutían los alcances de un contrato administrativo indicando que *"El término propiedad comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea nazca de actos administrativos, a condición que su titular, disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad"*.

Como puede advertirse, los derechos que emanan de un acto administrativo quedan comprendidos en el concepto de propiedad constitucional, cuestión que ha sido ratificada por el Máximo Tribunal⁸⁵. A partir de ello, debemos colegir, inevitablemente, que cuando se ha generado un derecho adquirido en cabeza del administrado la propiedad deviene inviolable y, por consiguiente, la administración pública no puede revocar un acto administrativo ante sí cuando el mismo se ha incorporado al patrimonio del administrado.

Ahora bien, es importante aclarar que ese valladar establecido por la Carta Magna es de tipo competencial o adjetivo⁸⁶, en tanto la prohibición impuesta solo implica que la administración pública se encuentra vedada de revocar el acto ante sí, habida cuenta que es una atribución que le corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Es que, como vimos, se exige que para privar de ese derecho adquirido a su titular la existencia de una *"sentencia fundada en ley"*, que sea resultado de un proceso de lesividad⁸⁷ en cuyo cauce el Estado acredite la ilegitimidad del acto cuya anulación pretende y en donde, incluso, puede adicionarse una petición de tipo cautelar que procure la suspensión del acto irregular hasta tanto se dicte sentencia.

⁸⁴ Fallos, 145:307 "Bourdié" (1925).

⁸⁵ Fallos, 296:672, "Metalmeccánica S.A." (1976).

⁸⁶ MAJRAL, Héctor A., *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 103.

⁸⁷ La acción de lesividad tiene por objeto una pretensión de una entidad administrativa por la que se le solicita al órgano jurisdiccional la anulación de un acto de la misma (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La declaración de lesividad", *Revista de Administración Pública de España*, N° 2, 1950, p. 59), por ser éste irrevocable en sede administrativa (ABAD HERNÁNDEZ, Jesús L., -ILDARRAZ, Benigno, "La acción de lesividad", *JA doctrina*, 1975, p. 474; SESIN, Domingo J., "El acto administrativo en la legislación y la jurisprudencia de Córdoba: nulidades y vicios", en A. A. V.V., *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 241).

b) Los instrumentos anticorrupción. La normativa anticorrupción al igual que en otras cuestiones del derecho administrativo⁸⁸, introduce variantes sobre el ejercicio de esa atribución al referirse a las consecuencias de los actos de corrupción. El art. 34 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción⁸⁹ textualmente dispone *"Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva"*.

Con relación a ello, cabe señalar que la norma se refiere a los derechos adquiridos de buena fe por terceros, lo que implica que quienes han participado en la actividad corrupta no podrían aducir la presencia de un derecho adquirido a partir de la decisión estatal.

c) Regulación federal. Esta atribución de la administración pública, en la órbita federal por imperio de la LNPA se halla regulada de manera diferenciada de acuerdo a si el acto administrativo es regular (es decir, el acto anulable o de nulidad relativa y el acto válido) o irregular (esto es el acto nulo o de nulidad absoluta).

c) 1. Actos administrativos regulares. Para tal supuesto, la LNPA en el art. 18 dispone que una vez notificado el acto no puede ser revocado en sede administrativa cuando ha generado derechos subjetivos a favor del administrado. Se agrega luego que sin embargo *"podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario"*.

En primer lugar, hay que señalar que esta disposición plantea una contradicción inicial dado que al referirse al acto regular incluye dentro de su ámbito conceptual — como dijimos — al acto de nulidad relativa y al válido, siendo que éste último no puede ser revocado ilegitimidad dado que se ha dictado conforme al ordenamiento jurídico. Por las mismas razones, no puede aludirse a la necesidad de promover de acción de nulidad (lesividad) contra un acto válido. Amén de la defectuosa técnica legisla-

⁸⁸ La influencia puede verse también en las siguientes cuestiones: a) Órganos de control de la administración pública; b) contrataciones administrativas; c) acto administrativo; d) empleo público; e) procedimiento administrativo; f) el administrado; g) control de la administración pública. Sobre el tema puede consultarse: GORDILLO, Agustín, "Un corte transversal en el derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción", *LL*, 1997-E-1091 y BUTELER, Alfonso, "La lucha anticorrupción y el derecho administrativo", *JA*, Suplemento Derecho Administrativo del 31/07/2013, ps. 3-15.

⁸⁹ Adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. Aprobada por la República Argentina mediante la Ley N° 26.097 (B.O. 09/06/2006).

tiva, esto nos lleva a la conclusión de que el art. 18—en su primera parte—sólo se refiere a los actos anulables o de nulidad relativa ya que los válidos solo pueden ser revocados por razones de mérito, oportunidad o conveniencia en los términos de la segunda parte de esa norma, esto es con el pago de una indemnización.

En segundo término, debemos que dejar sentado que la norma en cuestión dispone que es estable, es decir, que no puede ser revocado en sede administrativa, el acto regular que ha sido notificado y ha generado derechos subjetivos.

Empero, una de las excepciones previstas en dicho régimen en donde cede esa regla de la estabilidad se verifica en los supuestos en que el administrado haya tenido conocimiento del vicio⁹⁰. Esto implica, lógicamente, que es pasible de revocación en la esfera administrativa el acto regular notificado del que hubieren nacido derechos subjetivos cuando se verifica esa hipótesis. En este estado de cosas, cabe preguntarse qué ocurre si ese acto administrativo ha generado derechos subjetivos en cumplimiento, es decir, ¿puede ser revocado el acto regular que ha generado derechos adquiridos cuando ha existido conocimiento del vicio? Consideramos que desde el punto de vista de la LNPA la respuesta debe ser positiva habida cuenta que la norma no lo especifica. Sin embargo, como se ha visto, esa solución normativa no resulta tolerable desde el punto de vista de la Ley Fundamental dado que se estaría convalidando la violación derechos adquiridos (art. 17, CN), lo que convierte en inconstitucional a ese precepto.

c) 2. Actos administrativos irregulares. El art. 17 de la LNPA dispone lo siguiente: “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede adminis-

trativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

Como puede advertirse, se establece como principio que los actos administrativos irregulares deben ser revocados o sustituidos por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. En tales supuestos, se ha entendido que la administración se encuentra obligada a revocar el acto ante sí⁹¹ y que, incluso puede ser compelida a hacerlo⁹². La excepción a esa regla se encuentra constituida por aquellos supuestos en que el acto administrativo estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo⁹³. Esto, desde la perspectiva constitucional (art. 17), como vimos, trae aparejado que no puede revocarse—en sede administrativa—un acto frente a la existencia de derechos adquiridos.

A modo ilustrativo del modo de funcionamiento de esta limitación puede citarse lo resuelto *in re* “Hernández”⁹⁴. La causa tuvo su génesis en el rechazo a la actora de la inscripción en el segundo año de la Escuela de Bellas Artes “Manuel Belgrano” por carecer de los requisitos necesarios para ingresar a dicha escuela en la que ya había efectuado el primer año. El Alto Tribunal al resolver consideró que la decisión poseía un vicio en tanto había sido dictada en violación al límite al ejercicio de la potestad revocatoria habida cuenta que existían derechos subjetivos en cumplimiento, de conformidad a lo normado por el art. 17 de la LNPA.

Sin embargo, como excepción de la excepción, la doctrina⁹⁵ y la jurisprudencia—tanto administrativa⁹⁶ como judicial⁹⁷—han entendido que aun frente a esa circunstancia, esto es, la existencia de derechos adquiridos, la administración pública puede revocar en sede administrativa cuando ha habido conocimiento del

⁹⁰ Para GORDILLO no basta con el conocimiento del vicio sino que es necesario connivencia dolosa entre el administrado y el funcionario (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, ob. cit., p. VI-18). Debe ponerse de resalto, que la P.T.N., ha acudido por lo general, a la teoría de la nulidad manifiesta, a los fines de fundamentar la revocación oficiosa de actos administrativos en sede administrativa (P.T.N. en Dictámenes 153:213, entre otros). Pues, el organismo asesor, estima que de lo notorio del vicio que padece el acto, se deriva el conocimiento de tal irregularidad por el administrado, circunstancia ésta que permite aplicar la excepción prevista para los actos viciados de nulidad relativa (art. 18, LNPA) a los viciados de nulidad absoluta y a los fines del ejercicio de la potestad revocatoria en sede administrativa en aquellos casos en que el acto estuviere notificado, firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos en cumplimiento (art. 17, LNPA).

Un sector doctrinario (Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la ley Nacional de procedimientos administrativos*, ob. cit., p. 86; MARCER, Ernesto A., “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al art. 17 de la Ley 19.549”, *LL*, 1981-C-306) y la jurisprudencia administrativa (P.T.N., Dictámenes: 234:465, 234:472, 235:446, 240:388, entre otros.) se ha inclinado por sostener la opinión de que en los supuestos en que el vicio es manifiesto el interesado no puede alegar el desconocimiento de la irregularidad que ostenta el acto administrativo.

De acuerdo a nuestro parecer esa conclusión—que es el producto del hecho de que la invalidez surge a simple vista del acto—, implica una generalización indebida en tanto resulta erróneo pensar que ese conocimiento se produce en todos los casos por parte del administrado ya que ello depende de las circunstancias concretas, aunque sí pueda presumirse su conocimiento frente a la concurrencia de determinadas circunstancias.

⁹¹ Cfr. CANDA, Fabián Omar, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en el procedimiento administrativo”, en A.A. V.V. - CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 368. BARRA, Rodolfo C., “Efectividad de la tutela judicial frente a la administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar”, *ED*, 107:419, esp. p. 422.

⁹² Cfr. COVIELLO, Pedro José Jorge, *La protección de la confianza del administrado: derecho comparado y derecho argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 66.

⁹³ Con relación a ello ha dicho la Corte que pudo válidamente ser dispuesta en sede administrativa la revocación por razones de ilegitimidad del acto administrativo que acordó una pensión militar en los términos que autoriza el art. 17 de la ley 19.549 reformado por la ley 21.686, pues si bien el acto irregular se encontraba firme y consentido, los derechos subjetivos que eventualmente hubiese generado no se estaban cumpliendo al momento de su revocación (Fallos, 310:1870, “Olivera”, 1987).

⁹⁴ *ED*, 108:602.

⁹⁵ CASSAGNE, J., ob. cit., p. 384; COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos*, ob. cit., ps. 363-364.

⁹⁶ P.T.N., Dictámenes 153:213, 261:118, entre otros.

⁹⁷ Fallos, 321:169, “Almagro, Gabriela y otra” (1998).

vicio por el administrado; efectuando, de ese modo, una interpretación extensiva de la excepción prevista en el aludido art. 18 de la LNPA para los regulares⁹⁸.

Pues, en palabras de la Corte Suprema, *“una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18—entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado—son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular; lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave”*⁹⁹.

El fundamento que se invoca—desde los diferentes planos de análisis—para sostener la aplicación del conocimiento del vicio al acto irregular es que, de otro modo, se daría más protección al acto regular que el irregular. Pues, se razona de la siguiente manera, si el acto regular puede ser revocado siempre que hay conocimiento del vicio esa regla también debe aplicarse a los actos irregulares habida cuenta que si no se estaría otorgando mayor tutela al acto irregular que al regular.

En nuestra opinión y desde la perspectiva constitucional propuesta, esa conclusión es errónea en la medida en que tanto el regular como el irregular pueden ser revocados solo cuando han sido notificados y no pueden serlo cuando han generado derechos adquiridos.

En definitiva, la Ley fundamental no permite revocar un acto administrativo cuando existen derechos adquiridos sino que, en dicho supuesto, la administración pública debe promover una acción de lesividad ante el Poder Judicial. En virtud de ello, debemos colegir que tanto la interpretación doctrinaria mayoritaria, jurisprudencial o normativa—como ocurre con la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁰⁰—que autoriza a revocar—tanto actos regulares como irregulares—cuando hay conocimiento del vicio aun frente a la existencia de derechos adquiridos va en contra del texto constitucional.

⁹⁸ En caso de concretarse la revocación administrativa de la medida y de impugnarse judicialmente luego la misma, estará a cargo de la autoridad pública la demostración del conocimiento de la irregularidad por parte del administrado (Cfr. MARCER, Ernesto A., ob. cit., p. 306).

⁹⁹ Fallos, 321:169, “Almagro Gabriela y otra” (1998).

¹⁰⁰ Es importante recordar que el art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la C.A.B.A. permite la revocación del acto administrativo irregular del que han nacido derechos subjetivos en cumplimiento en los casos en que el interesado haya tenido conocimiento del vicio.

7. Revocación por razones de mérito oportunidad y conveniencia

El acto administrativo puede extinguirse por la revocación que haga la administración pública por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, porque así lo exige el bien común.

Es importante dejar en claro que para que un acto administrativo sea pasible de revocación por motivos de interés público resulta condición necesaria que el acto sea válido pues, de lo contrario, la administración debe revocarlo por ilegitimidad.

Esta posibilidad se encuentra contemplada en el art. 18 de la LNPA cuando prescribe que el acto *“También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”*.

El tema relativo a la extensión de la indemnización ha generado un largo debate que abordaremos en el Capítulo correspondiente cuando desarrollemos la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Sin perjuicio de ello, diremos que la última tendencia de la Corte Federal es que debe indemnizarse el daño emergente y el lucro cesante debidamente acreditado¹⁰¹.

8. Anulación judicial

El acto administrativo se extingue, asimismo, cuando el Poder Judicial declara su nulidad en un pleito.

IX. SUBSANACIÓN

Los actos administrativos anulables (o de nulidad relativa) pueden ser saneados de dos maneras: Primero, mediante la ratificación por el por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes. Segundo, a través de la confirmación por el órgano que dictó el acto subsanando el vicio que lo afecta.

En tal caso, los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación (art. 19, LNPA).

X. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN CÓRDOBA

Ley 5350 (T.O. Ley 10.618) que rige el procedimiento administrativo en la Provincia de Córdoba regula lo concerniente al acto administrativo.

¹⁰¹ Fallos, 332:1367 “Zonas Francas Santa Cruz S.A.” (2009).

El art. 93 se refiere al elemento subjetivo del acto al indicar que este será producido “por el órgano competente” y, en cuanto a las formas, se prescribe que debe dictarse “mediante el procedimiento que en su caso estuviere establecido”. A su vez, dispone que el contenido se “ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquellos” lo que implica el reconocimiento de los elementos objeto y finalidad.

Luego, el art. 98 hace referencia al tema de la fundamentación al indicar que “Todo acto administrativo final deberá ser motivado, y contendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho, cuando: a) decida sobre derechos subjetivos; b) resuelva recursos; c) se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes, o del dictamen de órganos consultivos”.

Esta disposición pone en evidencia un trato diferenciado de acuerdo a la situación jurídica subjetiva que detenta el administrado, sea que ostente un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Pues, de su lectura podría pensarse que no resulta necesario motivar un acto cuando estén en juego intereses legítimos, lo que es un absurdo a esta altura de evolución del Estado de Derecho dado que todo debe ser fundamentado.

CAPÍTULO VIII CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN. DISTINCIONES

El tema de los contratos administrativos es uno de los tópicos medulares del derecho administrativo en la actualidad. En primer lugar porque mediante la técnica contractual el Estado procura la satisfacción del interés público y, a la vez, los particulares colaboran en esa tarea, que se erige —cada vez más— como una modalidad de participación ciudadana y cogestión en el interés general. Por otra parte, no podemos perder de vista que la mayor parte de los presupuestos de los Estados se ejecutan a través de los contratos que celebran con los particulares, lo cual pone de relieve su enorme incidencia en el campo económico, ámbito en el cual la sociedad demanda en forma creciente mayores recaudos de transparencia y ética pública en la distribución de los fondos públicos.

Por estas razones, es cada vez más frecuente que la Administración establezca vínculos jurídicos con otros sujetos y acuda al concurso de otras voluntades para sus diversas actividades.

Estos actos jurídicos formados conjuntamente por la intervención de dos o más sujetos de derecho y que establecen entre ellos un vínculo jurídico, configuran lo que se denomina la actividad contractual de la Administración. Una primera distinción de las formas contractuales en el actuar administrativo, se nos aparece de inmediato, y ella proviene de la consideración de los sujetos de derecho que intervienen en la relación: si ambos contratantes son personas jurídicas estatales, la realidad jurídica será distinta a la que se presenta si uno de los contratantes es un particular. Se distinguen, por tanto, los contratos interadministrativos de los contratos entre la Administración y los administrados, a los cuales nos referiremos más adelante.

En doctrina se discute la utilidad actual de la distinción entre los denominados contratos de derecho privados de la Administración y los contratos administrativos

en sentido estricto¹. En Francia, que es donde se originó esa distinción con la aparición del concepto de servicio público como medular del derecho administrativo, los contratos administrativos quedaron vinculados a la noción de servicio público y los mismos caían bajo la jurisdicción administrativa. Los otros contratos que celebraba la Administración caían bajo la jurisdicción judicial. Se diferenció, entonces, el contrato administrativo del contrato de derecho privado de la Administración, y se sustantivizó el primero, como un contrato típico del derecho administrativo, por oposición al derecho civil, identificable, jurídicamente por la presencia en ellos, de cláusulas exorbitantes. Esta teoría del contrato administrativo, materialmente, fue la que se recibió en los países como los nuestros, cuyos sistemas han sido en estos temas tributarios del sistema francés.

En la actualidad, empero, en un contexto en el que el derecho administrativo posee identidad propia y está sujeto a un régimen específico de derecho público —y no necesita por tanto de criterios como el de servicio público u otros para justificar su identidad—, surgen otros pensamientos que señalan, en cambio, que la distinción entre contratos privados de la Administración y contratos administrativos está superada y carece de interés jurídico en la actualidad. En realidad, dicen que toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado; y agregan que la gestión del interés general justifica la preponderancia del régimen de derecho público propio de esta actividad contractual del Estado².

II. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO. TEORÍAS POSITIVAS Y NEGATIVAS

Si bien hoy se acepta mayoritariamente la capacidad de la Administración pública para contratar, han existido teorías que negaban la posibilidad de una relación contractual entre la Administración y alguno de sus miembros. Los autores tampoco coinciden en si esos contratos en los que participa la Administración Pública, son distintos o similares de los que celebran los particulares entre sí y, en su caso, en qué medida.

¹ Desde esta perspectiva, por ejemplo, la Administración puede celebrar contratos de derecho común como cualquier persona o celebrar contratos administrativos, con las características especiales de ellos (objeto, fin público, cláusulas exorbitantes, etc.). Entre los primeros podemos mencionar, por ejemplo, contratos de compraventa de accesorios, alquiler de inmuebles a un particular, etc. Entre los contratos administrativos más utilizados podemos citar al contrato de concesión de servicios públicos, de obras públicas, empréstitos, etcétera.

² BREVER CARÍAS, Allan R., "La evolución del concepto de contrato administrativo", *JA*, 727-737.

Las posturas que niegan la existencia de contratos administrativos, y que en cambio propician hablar de "acto administrativo bilateral", de "acto administrativo necesitado de coadyuvante", de "actos unilaterales coligados", etc., se apoyan en los siguientes argumentos: 1) la Administración actúa en una relación de supremacía respecto de los particulares; si actuara en el mismo plano sería un contrato de derecho privado; 2) la única manera que exista contrato es el resultado de la libre voluntad de los participantes (arts. 959, 1021, 1061 y 2651, CCyC—antes art. 1197, CC—), lo cual no es posible entre la Administración y los particulares pues aquella debe actuar según el ordenamiento y ejercer las potestades que surgen de él; 3) los actos en los que interviene la Administración versan sobre objetos que están fuera del comercio; en cambio, el objeto de los contratos debe estar siempre dentro del comercio (arts. 1003, 279, 958 y 1004 CCyC—antes arts. 1167 y 953 CC—) y 4) el concepto de contrato impide distinguir entre contratos de derecho público y de derecho privado, pues se trata de una categoría única³.

Las teorías positivas, por su parte, postulan los siguientes aspectos para caracterizar esta categoría contractual, a saber, 1) hay contrato administrativo siempre que interviene la Administración pública como tal. A esta posición se ha criticado que no siempre que interviene la Administración lo hace en ejercicio de función administrativa (razón por la cual es posible hablar también de contratos privados de la Administración) o que entre privados también puede haber contratos públicos; 2) cuando el contrato es sometido al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa se trata de contratos administrativos. Sin embargo, se ha señalado que la jurisdicción es una consecuencia de la naturaleza del contrato y no al revés; 3) hay contrato administrativo cuando éste resulta del cumplimiento de determinadas formas jurídicas (ej. elaboración de pliegos de condiciones, licitación pública, etc.), aunque actualmente estos aspectos también son realizados en las contrataciones entre privados; 4) cuando la substancia del contrato persigue un determinado fin público o ejecute un servicio público; y 5) cuando el contrato posee determinadas cláusulas inusuales o exorbitan a las que se utilizarían en el derecho privado.

Los aludidos criterios positivos son invocados alternativa o conjuntamente para señalar la existencia de un contrato administrativo y han sido valorados en forma diferente por la doctrina y la jurisprudencia, circunstancia que muestra la apertura conceptual y los diversos aspectos que inciden en la configuración de los contornos de este concepto, según veremos en los apartados siguientes.

³ Para ampliar ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - Comadira, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. X, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 729 y ss.

III. EL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA

En la doctrina argentina se ha producido en los últimos años un debate en torno a la categoría del contrato administrativo. En efecto, la teoría tradicional del contrato administrativo que es de origen francés y con fuerte prédica en la región, se refleja aquella porción de los contratos de la administración que se caracterizan por la aplicación de un régimen jurídico de derecho público y sujetos, por lo tanto, a la jurisdicción administrativa. El mentado régimen de derecho público importa la existencia de potestades que configuran un régimen que exorbita el ámbito de libertad de negociación de las partes dentro del derecho privado y que se refleja en poderes que, expresa o implícitamente surgen del ordenamiento e importan en la práctica el poder de dirección, sanción, modificación y/o extinción unilateral del contrato por parte de la administración⁴.

Frente a esta posición, MAIRAL ha señalado que la teoría tradicional del contrato administrativo es innecesaria e inconveniente pues esa noción, tal como concibe la doctrina clásica, permite que aún en ausencia de toda disposición legal o contractual que lo autorice, la parte estatal goce de prerrogativas intracontractuales, tales como disponer unilateralmente la modificación o rescisión del contrato o imponer al contratista sanciones no previstas en norma legal o contractual alguna y que existen aun en presencia de disposiciones contractuales que las nieguen. Estas prerrogativas son inherentes a la misma noción de contrato administrativo y por lo tanto extrapolables a cualquier contrato que la administración celebre, siempre que encuadre dentro de una categoría tan imprecisa como la del contrato administrativo, lo cual torna peligrosa a la noción⁵.

Alternativamente, se ha sostenido la denominada teoría formal del contrato⁶ según la cual la cuestión más relevante a resolver radica en determinar si el Estado puede válidamente someterse a la legalidad convencional, inmunizando el acuerdo logrado respecto de sus decisiones unilaterales posteriores, la delimitación de la categoría contractual debe realizarse, metodológicamente, en el plano de la teoría del derecho y no en el de la dogmática jurídica, sin perjuicio de referencias a los sistemas jurídicos determinados que resulten necesarias. Por ello, esta tesis tiene implicancias de régimen más radicales que las que resultan de afirmar la peligrosi-

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, "Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo", *ED*, 180, ps. 773-798 y también, *ED* 181, ps. 942-959.

⁵ MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría del contrato administrativo", *ED*, 179, ps. 655-700. También ver GORDILLO, Agustín, "La mutación del contrato administrativo", en AA.VV. *Cuestiones de contratos administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, RAP, Buenos Aires, 2007, ps. 835-838.

⁶ CUADROS, Oscar, "El Estado y la legalidad convencional", *LL*, 19/09/2012.

dad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo según su formulación francesa. No trata de centrar la crítica en la admisión de cláusulas exorbitantes implícitas a los contratos administrativos sino de afirmar, de modo más general, que el llamado contrato administrativo se corresponde con la dinámica general del contrato o, en sentido contrario, trasunta una mera decisión unilateral del Estado, arropada con elementos de cuño contractual.

En definitiva, sea que se trate de una visión sustancialista del contrato administrativo; o aquella que combate la existencia de potestades implícitas o, la teoría formal del contrato administrativo, lo cierto es que podemos afirmar que los contornos más precisos del concepto se encuentran en plena discusión en la doctrina iuspublicista.

IV. LA FIGURA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1. Consideraciones generales

Las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial y la axiología que las inspiran generan variadas incidencias en las relaciones jurídicas, tanto privadas como públicas.

Si bien existen áreas que exhiben una mayor innovación, es claro que la nueva legislación no viene a quebrar con nuestra cultura jurídica conformada a la luz de los códigos históricos—en especial el Código Civil de Vélez Sársfield—, sino antes bien, procuran lograr la consolidación de buena parte de sus criterios e introducir la modificación de aquellos que requerían adecuaciones por razones variadas.

Ello es lo que ocurre en materia contractual, ya que siguiendo las líneas doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias, es posible evidenciar una continuidad jurídica en sus disposiciones, aunque se observan modificaciones que responden a nuevos lineamientos axiológicos y/o metodológicos⁷.

En concreto, el Código Civil y Comercial trata a los contratos en el Libro Tercero de los "Derechos Personales". El Título I refiere a las "Obligaciones en general"; el II a los "Contratos en general"; el III a los "Contratos de consumo"; el IV a los "Contratos en particular" y el V a las "Otras fuentes de las obligaciones", que incluye a la "Responsabilidad Civil". El Título IV, se distribuye a su vez, en treinta Capítulos que sucesivamente se ocupa de los diferentes contratos en particular.

Como puede apreciarse, son amplios los contenidos e innovaciones que el Código Civil y Comercial presenta en esta materia razón por la cual nos referiremos a

⁷ STIGLITZ, Rubén S., "Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, diario del 15/10/2014 y ss.

sendos aspectos que inciden, en general, en la concepción del contrato en la actualidad, a saber, la autonomía de la voluntad y su fuerza vinculante.

2. La autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad en el campo contractual importa, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos.

El principio de la autonomía de la voluntad es útil para explicar el porqué de la fuerza obligatoria del contrato. En su origen "las convenciones legalmente formadas" equivalían a la ley y no podían ser revocadas más que por el mutuo consentimiento o por las causas establecidas en la ley. El individualismo consagraba la preeminencia del valor "seguridad" por sobre el de la "justicia contractual". Y la seguridad estaba dada por el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de la palabra empeñada.

Esta visión del contrato ha variado a la sazón de las exigencias que surgen de los cambios legislativos operados en los últimos años que ponen en evidencia que, muy a menudo, en el momento de la conclusión del contrato, uno de los contratantes se encuentra en situación de inferioridad y, portanto, de desigualdad con relación a su cocontratante. Ese desequilibrio de fuerzas se manifiesta concretamente en la elaboración unilateral del contrato por la parte que dispone del poder de negociación. Sin embargo, en esta última categoría de contratos, los formados por adhesión a cláusulas predispuestas, el Código Civil y Comercial afirma la prevalencia de la autonomía de la voluntad por sobre la "regla contractual predispuesta", en caso de colisión (artículo 986)⁸.

En el Código Civil y Comercial dotar de contenido al contrato sigue siendo, como principio general, en los contratos negociados individualmente, una cuestión atinente a la voluntad de las partes. La excepción se halla constituida al carácter indisponible de las normas legales cuando ello resulte de su contenido o de su contexto (artículo 962).

Los límites inherentes a la autonomía de la voluntad se hallan constituidos en el nuevo Código, entre otros, por (a) la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículo 958); (b) por la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato cuando sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (artículo 960).

⁸ STIGLITZ, Rubén S., "Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, diario del 15/10/2014 y ss.

A los fines de una prelación normativa, aplicable en caso de eventual conflicto de normas entre disposiciones contenidas en leyes especiales y el código, éste hace prevalecer (a) las normas imperativas de la ley especial y del código, (b) las normas particulares del contrato, (c) las normas supletorias de la ley especial y (d) las normas supletorias del código (artículo 963).

En orden a la integración del contrato, el Código Civil y Comercial hace prevalecer las normas imperativas por sobre las cláusulas incompatibles con ellas, lo que no deja de ser una aplicación del principio de prelación normativa.

Finalmente, en punto a las formas del contrato, se adopta el principio de libertad, salvo que la ley imponga una forma determinada (artículo 1015).

3. La fuerza obligatoria del contrato

El artículo 1197 del Código Civil afirmaba que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Al respecto, recordemos que el individualismo que inspiró la solución inicial del Código de Vélez tuvo algunas matizaciones en el año 1968 con el dictado de la Ley 17.711 mediante la cual se incooraron ciertas atenuaciones tales como el principio de la buena fe, la posibilidad de revisar judicialmente ciertos excesos que podía haber en la simetría contractual, entre otras.

En el Código Civil y Comercial se reproduce el principio vinculante como efecto de todo contrato válido en su celebración que constituye lo que históricamente se ha enunciado como la "fuerza obligatoria del contrato" y se refuerza al punto de establecer, como novedad, que "los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante". Sin embargo, la fuerza obligatoria del contrato cede por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé (artículo 959). Una aplicación en que declina la fuerza obligatoria del contrato por acuerdo de partes, lo encontramos en el caso de rescisión de los contratos de larga duración en que la parte que la decide debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociarlo (artículo 1011-3). Lo propio acontece en los supuestos de "Frustración de la finalidad" (artículo 1090) e "Imprevisión" (artículo 1091)⁹.

V. EL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En términos generales, para nuestro Máximo Tribunal, un contrato administrativo puede conceptualizarse como un acuerdo de voluntades en el que una de las partes

⁹ STIGLITZ, Rubén S., "Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, diario del 15/10/2014 y ss.

intervinientes debe ser una persona estatal, centralizada o descentralizada (sujetos), cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración (finalidad)¹⁰ y/o contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado (contenido) y debe ser celebrado cumplimentando las formas de derecho público (forma).

En efecto, en el caso “Dulcamara”¹¹, que se trataba de una demanda instaurada con el fin de obtener el reconocimiento de diferencias de mayores costos, en el considerando 8 del voto del Dr. Fayt, se señaló que, en principio, los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Este concepto que adquirió carta de ciudadanía en el mencionado caso y fue reiterado en otros precedentes¹², se completa con el requerimiento de la Corte sobre el cumplimiento de las formas esenciales de derecho público para su celebración según viene postulando en otros casos. En tal sentido, por ejemplo, en la causa “Lix Klett”¹³, en la que la empresa actora que prestaba servicios a la Biblioteca Nacional mediante un acuerdo verbal en el que se había omitido el recaudo de la instrumentación escrita, resultante del procedimiento de contratación, autorización presupuestaria, entre otras omisiones, demandó al Estado por el cobro de esos servicios. La Corte Suprema rechazó el reclamo de la actora en el entendimiento de que no había contrato administrativo pues justamente se había inobservado tales procedimientos esenciales propios de la contratación administrativa¹⁴.

Como vemos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mantiene una posición pragmática, reafirmando ciertas notas distintivas del concepto caso por caso, tal como veremos seguidamente al analizar los elementos de esta categoría contractual.

VI. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Las posturas que admiten la existencia de contratos administrativos señalan que estos contratos presentan, al igual que los contratos civiles y comerciales, los mismos elementos fundamentales que éstos son: sujeto, objeto, causa, forma y finali-

dad¹⁵. Sin perjuicio de ello, se señalan ciertas particularidades en los contratos públicos como veremos a continuación.

1. Sujeto

La característica especial de los contratos administrativos es que uno de los sujetos contratantes debe ser siempre la Administración pública o, más concretamente uno de sus órganos (centralizados o descentralizados) actuando como tal, es decir, en cumplimiento de función administrativa. El otro de los sujetos puede ser una persona particular (física o jurídica) según el derecho común.

El cocontratante puede ser también otra persona pública actuando en función administrativa, caso en el cual se conforma lo que se denomina “contratos interadministrativos”. Aunque esta categoría es discutida por algunos autores, lo cierto es que en la práctica se configuran estos contratos en aquellos casos de acuerdos entre sujetos de distintas administraciones, como ocurre en los acuerdos entre el Estado provincial y nacional y/o diferentes municipios para el logro de los intereses públicos.

En el caso “Schiratto”¹⁶ la Corte Suprema de Justicia, no obstante, consideró administrativo un contrato celebrado por una cooperadora escolar y un empresario particular, al entender que, en el caso, la cooperadora había actuado por delegación del Ministerio de Cultura y Educación. Sin embargo, en el precedente “Pluspetrol”¹⁷ el Máximo Tribunal sostuvo que no podía calificarse de contrato administrativo pues, al no haber intervenido una persona jurídica estatal, no obstante estar sustancialmente regido por normas de derecho público, carecía del elemento subjetivo esencial que caracteriza tales contratos.

2. Objeto

El objeto del contrato administrativo es, como en todos los contratos, la prestación, que también aquí podrá consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer. Los requisitos no varían de aquellos establecidos para los contratos del derecho común (arts. 1167, CC y concs.), aunque presentan ciertas particularidades.

El objeto del contrato administrativo puede ser una cosa que esté fuera del comercio, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común. Por ejemplo, pueden mencionarse los contratos de derecho público que versan sobre bienes que integran el dominio público.

¹⁰ En relación a este tema es ineludible la lectura de Coviello, Pedro José Jorge, “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED*, t. III, p. 845.

¹¹ “Dulcamara”, Fallos 313/376 (1990).

¹² Por ejemplo, en la causa “Cinplast”, Fallos: 316:212 (1993).

¹³ “Lix Klett”, Fallos 335:1385 (2012).

¹⁴ Ver considerandos 3), 4) y 5) de causa “Lix Klett”.

¹⁵ En este punto seguimos a COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor F. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., ps. 740 y ss.

¹⁶ “Schiratto”, Fallos 304:490 (1982).

¹⁷ “Pluspetrol Energy S.A.”, Fallos 330:2286 (2007).

Al mismo tiempo, se ha afirmado que el objeto del contrato administrativo no es inmutable o puede cambiar, a diferencia de su finalidad que siempre es de interés público. Finalmente, al igual que en el derecho privado, el objeto del contrato debe ser cierto, determinado y lícito, aspectos que adquieren relevancia particular aquí dada la finalidad pública de la contratación.

3. Causa

La causa es otro de los elementos de los contratos administrativos, al igual de lo que ocurre con los de derecho privado. Sin embargo, este aspecto también tiene singular importancia en la contratación pública.

En efecto, la satisfacción de un modo directo de una necesidad colectiva muy concreta que, debido a una habilitación legal, constituye el hecho y el antecedente en que se sustenta el contrato en los términos del art. 7º, inc. b, LPA. La causa de un contrato de obra puede consistir, por ejemplo, en la necesidad de construir una autopista, admitida en una partida de la ley de presupuesto. De esta manera, el contrato deberá especificar que lo que se construye es esa autopista, por un monto y lugar determinados por la ley y el procedimiento administrativo que le sirve de antecedente¹⁸.

4. Forma

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma es la regla en la contratación administrativa dada la naturaleza de la actividad que desarrolla la Administración Pública. Las formas cumplen, además en el derecho administrativo, una función de garantía, tanto a favor de los administrados como en salvaguarda del interés público, como afirma la doctrina mayoritaria.

Se ha distinguido, al mismo tiempo, entre “forma” propiamente dicha y las “formalidades”. Mientras que la primera es el modo que se documenta la voluntad administrativa, según el ordenamiento; las segundas, en cambio, son los requisitos que deben cumplirse para expresar la voluntad administrativa en el acto de que se trate, pudiendo ser anteriores, concomitantes o aun posteriores a ese acto.

En el campo del derecho administrativo, la ley 13.064, que regula el contrato de obra pública, exige la forma escrita de manera obligatoria, aspecto que fue seguido por otras legislaciones provinciales. Posteriormente, la LNPA se refiere en el artículo 8º al elemento forma del acto administrativo disponiendo que, en general, se expresará por escrito, pudiendo adoptarse una forma distinta por excepción—por ejem-

¹⁸ FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 287 y ss.

plo, la verbal—cuando “las circunstancias lo permitieran”. Es decir, los contratos administrativos están sujetos al recaudo de forma escrita, sin perjuicio de las otras prescriptas, y sólo por excepción se podrá concertar en forma verbal, cuando las circunstancias lo permitan.

El artículo 11 del decreto 1023/2001, que establece el régimen de contrataciones de la Administración Pública, bajo el título “Formalidades”, enumera las actuaciones que mínimamente deberán realizarse con el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7º de la LNPA.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como hemos visto, ha emitido renombrados precedentes según los cuales la prueba de un contrato administrativo está fuertemente vinculada a la forma en la que el contrato ha sido perfeccionado¹⁹.

5. Finalidad

La finalidad como elemento del contrato administrativo consiste en el fin último que él persigue, esto es, el interés público que en concreto debe satisfacer la contratación y que varía según el fin particular al que responde cada uno, conforme la ley. La finalidad del contrato se define en la normativa que otorga competencia al órgano o al ente habilitado para su celebración. Por esa razón, cualquier apartamiento de dicha finalidad importa un vicio grave que lo invalida por *desviación de poder* pues del mismo modo que la finalidad es un elemento esencial del acto administrativo (art. 7º, inc. f, LPA), también lo es del contrato.

La causa y finalidad son, como se ha dicho, dos elementos que se complementan en la teoría del contrato administrativo, adquiriendo una trascendencia que supera la teoría de la causa en los contratos de derecho común²⁰.

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1995, en la causa “Organización Coordinadora Argentina”²¹, anuló una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala I) que había considerado privado, por carecer de cláusulas exorbitantes expresas, el contrato celebrado por la Secretaría de Estado de Presidencia de la Nación, bajo explícita invocación de fines públicos, para el transporte de correspondencia con clasificación de seguri-

¹⁹ Ver los siguientes fallos de la CSJN a modo de ejemplo: “Hotel Internacional Iguazú”, Fallos 308:618 (1986); “Radeljak”, Fallos 311:2831 (1988); “Vicente Robles”, Fallos 316:382 (1993); “Mas Consultores”, Fallos 323:1515 (2000); “Servicios Empresarios Wallabies”, Fallos 323:1841 (2000); “Ingeniería Omega”, Fallos 323:3924 (2000); “Carl Chung Ching Kao”, Fallos 324:3019 (2001); “Magnarelli”, Fallos 326:1280 (2003); “Indicom”, Fallos 327:84 (2004), y “Roberto Punte”, Fallos 329:809 (2006).

²⁰ En tal sentido, Julio R. COMADIRA en COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 749.

²¹ “Organización Coordinadora Argentina S.A”, Fallos 318:1518 (1995).

dad. En la especie, el Alto Tribunal entendió que la decisión de la cámara respecto de la inaplicabilidad al caso de los preceptos del derecho público que facultan a la Administración a enmendar sus propios actos, carecía de todo fundamento y, por ende, dejó sin efecto el pronunciamiento apelado.

VII. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO NACIONAL

El régimen normativo a nivel nacional se integra principalmente mediante el decreto 1023/2001²² y el decreto 1030/2016²³ (que deroga el Decreto PEN N° 893/2012)²⁴.

Es de destacar que por mucho tiempo no se dictó la reglamentación de ese cuerpo normativo según lo dispuesto por el art. 39 de dicho decreto delegado, resultó de aplicación el reglamento aprobado por el decreto 436/2000²⁵, que fue posteriormente reemplazado por el citado decreto 893/2012.

VIII. EL RÉGIMEN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

En materia de contrataciones en el ámbito de la Provincia de Córdoba, la Constitución Provincial dispone, en su artículo 74: *“La enajenación de los bienes de la Provincia o de los Municipios se hace en los términos que determinen las leyes u ordenanzas. Toda contratación del Estado Provincial o de los Municipios se efectúa según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección”*.

En la actualidad las compras y contrataciones del Estado Provincial se encuentran regidas por la Ley de Compras y Contrataciones de la Administración Pública Provincial N° 10.155²⁶ y su Decreto Reglamentario N° 305/2014 que establece un régimen de Compras y Contrataciones moderno similar al implementado en otros países de la región como el de Chile, que incorpora principios y modalidades novedosas de contratación en las que interviene la tecnología y criterios de sustentabilidad. El Decreto N° 969/18²⁷ modifica el decreto anterior, disponiendo la automatización de los procedimientos y el sistema de puja por Subasta Electrónica.

En tal sentido esta Ley de Compras y Contrataciones Provincial establece un régimen unificado de compras y contrataciones que, como órgano rector, tiene como

²² B.O. 16/08/2001.

²³ B.O. 16/09/16.

²⁴ B.O. 14/06/2012.

²⁵ B.O. 05/06/2000.

²⁶ B.O. 10/07/13.

²⁷ B.O. 18/09/18.

funciones principales establecer políticas de contrataciones del sistema, proyectar normas aclaratorias, interpretativas, administrar el catálogo de bienes y servicios del Estado Provincial, gestionar el registro oficial de proveedores y contratistas del Estado, ejercer la supervisión y evaluación del sistema, aplicar sanciones y desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios ambientales, económicos y sociales en las contrataciones públicas (cfr. arts. 30 y 31 ley cit.).

Dicha legislación es aplicable en forma obligatoria a la Administración central y, en forma supletoria, a las empresas, agencias y entes estatales, en los términos del artículo 5° de la Ley N° 9086²⁸ de Administración Financiera y del Control Interno de la Administración General del Estado Provincial. Se excluye la aplicación de la ley a los contratos de obra pública según la ley 8614²⁹, de empleo público, de crédito público y sus accesorios, y los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades regidas por el derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito y los relativos a compras o locaciones que sean menester efectuar en países extranjeros y que tengan ejecución fuera del territorio nacional.

La ley 10.155, cuyo capítulo II regula lo atiente a los procedimientos de selección del contratista como la licitación pública, la subasta electrónica o remate público, la compulsa abreviada y la contratación directa, prevé significativas novedades en torno a los principios que deben inspirar las contrataciones públicas en el ámbito provincial.

En efecto, la nueva legislación establece como principios generales los principios tradicionalmente reconocidos por la doctrina como propios de la contratación administrativa, y específicamente de la licitación pública como son los de a) oposición y libre concurrencia a los procedimientos de selección; b) igualdad de posibilidades para interesados y potenciales oferentes y c) transparencia basada en la publicidad y difusión de las actuaciones relativas a las contrataciones y la utilización de tecnologías informáticas.

Asimismo incorpora otros principios generales novedosos como son a) la eficiencia y economicidad en la aplicación de los recursos públicos, b) la consideración de criterios de sustentabilidad en las contrataciones y c) la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen contrataciones.

Con respecto a estos nuevos principios se establece la utilización de medios informáticos para las contrataciones y las llamadas contrataciones públicas sustentables.

²⁸ B.O. 21/02/03.

²⁹ En efecto, en materia de obras públicas mantiene su vigencia la ley N° 8614 (B.O. 25/07/97), estableciéndose al Contrato de Obra Pública como uno de los contratos excluidos, de conformidad al artículo 2°, inc. a de la nueva ley de contrataciones.

Efectivamente, tanto el uso de medios informáticos como el criterio sustentable de las contrataciones se presentan como nuevas pautas axiológicas en el esquema de contrataciones establecido en el ámbito provincial, pues como principios generales al igual que los tradicionales principios de igualdad, concurrencia y publicidad, son pautas cuya observancia será necesaria en toda contratación que se celebre en el ámbito provincial.

En cuanto a los principios generales de la contratación administrativa, se dispone su observancia en todo el procedimiento de la contratación. En ese sentido, han hecho notar la particularidad del principio de igualdad que se desarrolla en toda la evolución del contrato desde la elaboración de los pliegos hasta la firma del contrato, haciendo presente que cualquier modificación que se haga a las condiciones del mismo en cualquiera de las instancias afecta el principio de igualdad de los oferentes y posibles interesados.

En relación a los principios de concurrencia y de publicidad, la utilización de medios informáticos en la contratación coadyuva a la consecución de ambos principios³⁰.

Respecto de las contrataciones públicas sustentables la nueva legislación establece que se deberá propiciar la incorporación de criterios de sustentabilidad que permitan mejorar la eficiencia económica y ambiental del gasto público y promover en los proveedores del Estado Provincial cambios hacia patrones de consumo y producción socialmente responsables.

En ese sentido el concepto de oferta más conveniente pasaría a tener un *sustratum* más a analizar que el del precio, el cual es tenido en cuenta en la actualidad, conforme el régimen de contrataciones vigente, no obstante ello la obligatoriedad o no de la aplicación de los criterios de sustentabilidad dependen del criterio del órgano rector, entendiendo que hubiera sido conveniente establecer la obligatoriedad de ciertos parámetros o criterios de sustentabilidad en la adquisición de ciertos productos cuya producción verde no genera mayores costos y son adquiridos en grandes volúmenes por el Estado Provincial.

Otro de los puntos a destacar es la inclusión dentro de los procedimientos de contratación de los Convenios Marco que suponen un compromiso del Estado Provincial con uno o más proveedores, seleccionados a través de un procedimiento de licitación pública, en el que los proveedores se comprometen a brindar determinados bienes y servicios por un lapso de tiempo y el Estado asume el compromiso de adquirir dichos bienes y servicios a los proveedores que resulten adjudicatarios,

³⁰ DE PALACIOS, Manuel, "El Nuevo Régimen de Compras y Contrataciones de la Provincia de Córdoba: Hacia el Gobierno Electrónico", publicado en DPI - 24/11/2014.

posibilitando una centralización del procedimiento de selección y posiblemente un mejor precio, siendo de gran utilidad para la compra de diversos bienes, como por ejemplo papel, insumos de oficina, computadoras o automotores.

Por último, es destacar que mantiene su vigencia en la Provincia la Ley N° 9331³¹, que otorga preferencia en las contrataciones del Estado a los productos o bienes de origen provincial, siempre que se configuren similares condiciones de contratación respecto de productos, bienes de uso, bienes de capital, y servicios producidos o elaborados fuera del territorio cordobés. Que esta ley establece el "Compre Córdoba", que tiene sus antecedentes en las leyes nacionales de "Compre Nacional" y "Compre argentino", que establecían preferencias a bienes producidos en el territorio nacional.

IX. LAS PRINCIPALES ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Hemos visto que la formación de un contrato administrativo, como todo contrato, requiere para su perfeccionamiento de la fusión de al menos dos voluntades (la de un ente público y la de otro ente público o un particular) y que para llegar a ella deben atravesarse una serie de etapas.

Al respecto expresa Díez que "el proceso de formación de voluntad de la Administración es complejo. Es una operación que se descompone en cierto número de fases más o menos numerosas, en las cuales el acto de conclusión de un contrato va frecuentemente precedido con medidas previas como la autorización y posteriores como la aprobación que lo complementan y condicionan su entrada en vigencia"³².

Es necesario tener en cuenta que, en forma previa al procedimiento de selección propiamente dicho, son necesarias un conjunto de habilitaciones y recaudos, esto es, determinadas intervenciones de distintas autoridades externas al órgano que llevará adelante la contratación, consistentes en autorización de gasto, habilitación de partidas o créditos presupuestarios, autorizaciones legales para contratar, intervención de órganos consultivos, etcétera.

Algunos autores consideran que estas habilitaciones previas forman parte del procedimiento de selección del cocontratante, cualquiera sea el que haya de aplicarse (licitación pública, concurso, etc.); otros, en cambio, desde una perspectiva más restringida, consideran que ellas constituyen una fase o etapa preparatoria del contrato, siendo singularmente identificables en los casos en los que el método de selección ha sido la licitación pública.

³¹ B.O. 23/11/06.

³² Cfr. ÁBALOS, María Gabriela, "La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante", en AAVV FARRANDO, Ismael (h.), *Contratos Administrativos*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 39.

Entre las mencionadas habilitaciones previas podemos identificar las siguientes:

1. La partida presupuestaria, es decir, el monto que la Administración va a destinar a la ejecución del contrato, debe estar prevista en el presupuesto, y debe tener respaldo legal en la correspondiente previsión presupuestaria. Lo expuesto tiene cabida aún cuando la contratación haya de hacerse de manera directa y su fundamento básico reside en la forma republicana de gobierno (art. 1º, CN).

2. La autorización previa de otro órgano como requisito para poder celebrar cierto tipo de contratos—ej. autorización del Congreso o de ciertos concejos deliberantes para la celebración del contrato de empréstito por parte de Nación o Municipios, respectivamente; o la autorización de dicho cuerpo deliberativo local para la concesión de servicios públicos—reviste también el carácter de habilitación previa. Entran a tallar en esta instancia el control interno que realiza la Sindicatura General de la Nación, y el externo que lleva a cabo la Auditoría General de la Nación en los términos de la ley 24.156³³.

3. Los estudios de factibilidad—económica-financiera, técnica, jurídica, etcétera—permitirán a la Administración, por ej., apreciar la conveniencia de la realización de un “contrato de fideicomiso si es que es necesario brindar mayores garantías a los inversores en un determinado proyecto público, avanzar en la confección de los pliegos de condiciones si se hubiere resuelto emplear el método de la licitación pública, o preparar el listado de invitados a ofertar si se empleare otro mecanismo.

Luego y teniendo en cuenta lo expresado en relación a las distintas posturas sobre las llamadas *habilitaciones previas*, podemos mencionar también de manera enunciativa las siguientes etapas a saber, 4) la elaboración de los pliegos de bases y condiciones, 5) el acto administrativo del llamado a la licitación; 6) la publicación del llamado a licitación; 7) la consulta de los pliegos por los interesados; 8) la compra de los pliegos por parte de los interesados, 9) el pedido de aclaraciones de los eventuales oferentes; 10) la formulación de aclaraciones por parte de la Administración y 11) la presentación de las ofertas por los interesados (oferentes).

En cuanto a los pasos siguientes que surgen de los decretos 1023/01 y normas derivadas pueden mencionarse: 1) el acto de apertura de ofertas, que generalmente coincide con el vencimiento del plazo para la recepción de ofertas; 2) la vista de las ofertas, para poder ser analizadas recíprocamente por los oferentes, o bien por cualquier interesado; 3) la formulación de observaciones, las que debieran ser hechas respecto del acto de apertura considerado en sí mismo, pero que muchas veces se refieren a las faltantes, errores u omisiones de las ofertas; 4) el acto de apertura, que debe firmar el funcionario que presida el acto y los oferentes que estuvieren presentes, fueren invitados a hacerlo y quisieren hacerlo. En ella se deja constancia de la

hora de cierre del plazo para la recepción de ofertas, de la cantidad y titularidad de las ofertas recibidas, del contenido de cada sobre, etc.; 6) el cuadro comparativo de ofertas, el cual elabora la unidad operativa de contrataciones de cada jurisdicción o entidad. El mismo debe incluir el análisis (preliminar y meramente formal) de las ofertas alternativas que pudieren haberse presentado; 7) el envío del cuadro comparativo a la comisión evaluadora y recepción por parte de ésta; 8) la evaluación, que comprende el análisis y evaluación formal y sustancial de las ofertas, abarcando las consultas que pudieren realizarse a las autoridades en materia de contrataciones y a cualquier organismo técnico, público o privado idóneo—INTI, IMPI, CONICET, entre otros—. En esta etapa quedan comprendidos los pedidos de subsanación de errores formales—no sustanciales—que pudieren contener las ofertas, así como los pedidos de aclaraciones.

En el íter de este procedimiento pueden presentarse algunas vicisitudes prácticas, entre las que podemos mencionar las siguientes:

1- El desempate de ofertas: recordemos que por el régimen de Compra Nacional vigente en la República Argentina tienen preferencias competitivas (del 7% en el caso de elaboraciones de PYMES y del 5% en los restantes casos) los productos producidos o extraídos mayormente (60%) en el país. Subsistiendo el empate se acude a la mejora de precios y luego al desempate por sorteo en acto público³⁴.

2- El dictamen de la comisión evaluadora: entre otros aspectos, su contenido es el resultado del análisis formal y sustancial de las propuestas, el consejo sobre la declaración de validez o invalidez de las mismas, y la elaboración del orden de mérito.

3- La notificación del dictamen a los oferentes.

4- Impugnación: instancia que brinda la posibilidad a los oferentes de que observen, cuestionen, el dictamen de la comisión evaluadora por los medios establecidos en el régimen de contratación.

5- El giro de las actuaciones—involucra dictamen e impugnaciones—al órgano competente para decidir.

6- El análisis de las impugnaciones: si la impugnación versare sobre aspectos jurídicos, el órgano competente para decidir deberá requerir el informe de la dirección de asuntos jurídicos (DAJ), y eventualmente, según el carácter del asunto y la jerarquía del órgano contratante, podrá requerirse el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN). Sobre cuestiones referidas a la contratación puede requerirse un informe complementario a la comisión evaluadora.

7- La adjudicación: es el acto administrativo que contiene la aprobación del procedimiento de contratación, la resolución de las impugnaciones, y la adjudicación;

³³ B.O. 29/10/92.

³⁴ Cfr. ley 25.551, (B.O. 31/12/01) y decreto 1600 (B.O. 29/08/02).

asimismo, el tratamiento de cuestiones tales como devolución de garantías, devolución de ofertas y artículos de forma.

8- Notificación del acto de adjudicación.

9- Impugnación del acto de adjudicación: Los remedios procedimentales de la LNPA y RLNPA están justamente llamados a cumplir una finalidad como ésta.

10- Resolución de las impugnaciones según la LNPA (y/o normativa que resulte aplicable según la jurisdicción de que se trate).

11- Desistimiento de la oferta: Los oferentes pueden desistir de sus ofertas antes de la notificación de la adjudicación (acto que perfecciona el contrato), siendo generalmente la sanción la pérdida de las garantías del mantenimiento de la oferta.

12- Denuncia, enmienda y rechazo de ofertas son circunstancias también factibles y por ende previstas.

13- Perfeccionamiento del contrato: se materializa en la emisión de la orden de compra y su notificación al adjudicatario, debiendo producirse esto último dentro del plazo de mantenimiento de la oferta.

X. LA SELECCIÓN DEL COCONTRATANTE PARTICULAR: PROCEDIMIENTOS

Partimos de la premisa de que la Administración no es libre de contratar con quien desee pues el ordenamiento jurídico le indica cuáles, de entre los varios que existen, el procedimiento o método que aquélla deberá llevar adelante el tipo de contrato que pretenda celebrar.

En tal sentido, del propio análisis de la normativa en la materia, en particular, del mencionado decreto 1023/01 y sus concordantes, surgen cuáles deben ser las circunstancias que, sin perjuicio de otras no previstas, determinen la elección de tal o cual procedimiento de selección, a saber: a) contribución al cumplimiento del objetivo; b) características de los bienes o servicios a contratar; c) monto estimado del contrato; d) condiciones de comercialización y configuración del mercado; y e) razones de urgencia o emergencia.

En virtud de ello, como métodos más importantes la doctrina identifica: a) la licitación pública, (que será tratado por separado debido a su importancia práctica) b) la licitación privada; c) la licitación restringida; d) la contratación directa; e) el remate público; f) el concurso; g) la selección por negociación; i) la selección por iniciativa privada; j) el concurso de proyectos integrales; y k) los denominados contratos consolidados abiertos funcionales³⁵.

1- Licitación privada: diferentemente a lo que ocurre en la licitación pública, es característica específica de la licitación privada que la convocatoria a la presentación de ofertas esté dirigida a determinadas personas. Dicho de otro modo, la Administración convoca e invita en forma personal a los oferentes, siendo dicho acto de invitación discrecional y sólo supeditado a los límites de dicha actividad. Siendo tal la característica definitoria de este método de selección, resulta claro que es una alternativa de excepción, y así lo prevé la normativa en la materia (v.gr., art. 25, inc. c del Decreto 1023/01). Cabe señalar que se le aplican por analogía las disposiciones y principios de la licitación pública, atento a que en general dicho procedimiento no se halla reglado por normativa específica.

2- Licitación restringida: algunos autores distinguen la licitación restringida de la privada, conceptualizándola como aquélla en que únicamente pueden intervenir personas o entidades que reúnan ciertas condiciones de idoneidad especialmente requeridas, no existiendo "invitación" sino "llamado a licitación". El ejemplo que puede mencionarse es el caso de ciertas privatizaciones (ferrocarriles, energía, etc.) en los que se requirió que los consorcios participantes fueran integrados por operadores calificados en sistemas de similares características en algún lugar del mundo.

3- Contratación directa: Siempre que una disposición legal lo habilite, la Administración puede elegir a quién contratar sin supeditarse al cumplimiento de un cierto procedimiento. También llamado por la doctrina "trato privado" o "concierto directo", es de la esencia de este mecanismo el aludido rasgo de excepcionalidad, y así figura tratado por el art. 25 inc. d del decreto 1023/01. En términos generales coincide la doctrina al citar, como ejemplos que justifican la contratación directa: a) monto pequeño; b) razones de urgencia; c) necesidad de reserva o secreto; d) fracaso del régimen de selección por licitación; e) adquisición de obras cuya ejecución sólo puede ser realizada por persona o empresa determinada; f) adquisición de bienes amparados por una marca o de posesión exclusiva (siempre que no haya sustitutos convenientes); g) reparación de vehículos, entre otros.

4- Remate público: Contemplado actualmente en el art. 25 inc. b del decreto 1023/01 para el supuesto de compra de bienes muebles (que incluye objetos de arte o interés histórico, tanto en el país como en el exterior), inmuebles, y semovientes, el reglamento de contrataciones del Estado (RCE)³⁶ también contemplaba este procedimiento para la venta de bienes del Estado, y comulgan los autores al decir que se trata de un concepto general que pertenece al derecho comercial, pudiéndose definir como la adjudicación de bienes ajenos en público y al mejor postor, y en el que la Administración puede actuar como vendedora o compradora. Ejemplo de la aplicación de este método es la venta de rezagos o chatarra.

³⁵ Cfr. FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Contratos...* ob. cit., p. 300, a quien seguimos en este apartado.

³⁶ Ley de Contabilidad, arts. 55 a 64.

5- Concurso: que se define como el medio de selección del cocontratante que tiene fundamentalmente en cuenta el factor personal, es decir, la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas; y en sintonía con dicha noción el decreto 1023/01 señala en su art. 25, inc. a) 2, que “[...] el procedimiento del concurso público se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda [...]”. Este método se emplea con habitualidad a la hora de contratar personal para laborar en la Administración; por ejemplo, la cobertura de cátedras en las universidades nacionales.

6- Selección por negociación: Bajo la condición de estar precedido por una decisión fundada expresamente, el Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado había previsto este procedimiento de selección por negociación en su art. 16 para los casos en que fuere viable la contratación directa, la licitación privada, y cuando debido a la complejidad de las prestaciones del cocontratante no fuere posible su configuración detallada y definitiva en los pliegos de condiciones.

7- Selección por iniciativa privada: Discutido por algunos el carácter de un verdadero procedimiento de selección del contratista de la Administración³⁷, fue también incluido en el Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado para el caso en que una persona haya presentado una iniciativa en el campo de las obras o los servicios públicos (art. 17). Por su parte, el Decreto 1023/01 lo prevé en sus arts. 24, inc. e; 37, inc. c, 132 y 133. El art. 132 contempla el requisito de previa declaración de interés público de la iniciativa, previo dictamen técnico, como así también, que efectuada la declaración la iniciativa será tomada como base para la selección de ofertas de acuerdo con el procedimiento de licitación pública. La declaración de interés público de la iniciativa no generará obligaciones a cargo del Estado; ahora bien, si en la licitación se presentara una oferta más conveniente que la del autor, éste tendrá derecho —juntamente con el mejor oferente— a formular una mejora de oferta. Efectuada la mejora, si ambas ofertas fueran equivalentes, será preferida la del autor de la iniciativa. En lo que respecta al Decreto 893/12, el art. 200, inc. a, de su Anexo II prevé la iniciativa privada como una de las modalidades bajo la cual se pueden llevar adelante las contrataciones, y el art. 201 exige respecto de aquella sea novedosa u original e implicar una innovación tecnológica o científica, debiendo contener monto estimado de la inversión, lineamientos que permitan su identificación y comprensión, así como elementos que permitan demostrar su viabilidad jurí-

dica, técnica y económica. Los arts. 202 a 206 inclusive se ocupan del procedimiento establecido para este tipo de modalidad de contratación. Viene al caso recordar, además, la existencia del Decreto 966/05³⁸ —Régimen Nacional de Iniciativa Privada—, de aplicación —conf. art. 1º— “[...] a los diversos sistemas de contratación regulados por las Leyes Nº 13.064³⁹, Nº 17.520⁴⁰ y Nº 23.696⁴¹ [...]”, el cual dispone una serie de requisitos para la admisibilidad del proyecto de que se trate (art. 2º) y la creación de una Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas (art. 4º), entre otros aspectos de interés a cuya lectura nos remitimos *brevitatis causae*.

8- Concurso de proyectos integrales: El y derogado decreto 436/00, hoy derogado por el decreto 893/12, contemplaba expresamente esta figura (art. 36), y lo hacía para el supuesto de que la Administración no hubiera determinado detalladamente en el llamado las especificaciones del objeto del contrato; o se tratase de una iniciativa privada y aquella deseara obtener otras alternativas sobre los diversos medios posibles de llevarla a cabo. Como su nombre lo indica, la propuesta que se presentase debía ser integral; es decir, con completo detalle de sus antecedentes. Los requisitos, que el propio art. 36 consagraba a los efectos de la aplicación del instituto (determinación de los factores y del coeficiente de ponderación relativa que habrán de considerarse para la evaluación de las propuestas, y selección del cocontratante en función de la conveniencia técnica y del precio), refuerzan la afirmación doctrinaria de que se trata éste de un procedimiento mixto compuesto por elementos de la licitación pública y con fuertes connotaciones del concurso⁴².

9- Contratos consolidados abiertos funcionales: definido como un procedimiento mediante el cual, cuando dos o más entidades requieran una misma prestación, podrán asignarle a una de ellas la gestión del proceso de contratación hasta la adjudicación, con el fin de obtener mejores resultados a los que se obtendrían de procesos individuales. En realidad, no se lo considera un método de selección del cocontratante sino de un régimen que habilita el acuerdo entre entidades estatales para hacer más eficiente su sistema de compras.

XI. LA LICITACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS PARTICULAR DE ESTE MÉTODO DE SELECCIÓN

Reviste singular interés detenernos en este procedimiento por ser de notable aplicación tanto a nivel local —municipal, provincial y nacional— como internacio-

³⁷ FARRANDO (h.) considera que sólo se trata de un sistema de preferencia en favor del autor de la iniciativa, del derecho a participar en una puja final por vía de oportunidad de mejora de precio cuando el autor de la iniciativa no ganó la licitación.

³⁸ B.O. 17/08/05.

³⁹ B.O. 28/10/47.

⁴⁰ B.O. 13/11/67.

⁴¹ B.O. 23/08/89.

⁴² Cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Contratos Administrativos (II)*, en AAVV - FARRANDO, Ismael (h.) *Contratos administrativos... ob. cit.*, p. 63.

nal para llevar a cabo compras y/o realización de obras o concesión de servicios públicos.

De acuerdo al art. 25 inc. a del decreto 1023/01 se configura tal modalidad de selección del cocontratante cuando el llamado a participar está dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse, y será aplicable cuando el monto estimado de la contratación supere el mínimo que a tal efecto determine la reglamentación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que exijan los diferentes pliegos. Agrega el apartado 1 del mismo inciso a, que dicho procedimiento será de aplicación cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos.

Doctrinariamente existe consenso en definir la licitación pública como el mecanismo de selección por el cual la Administración invita públicamente y en forma general a efectuar propuestas sobre un determinado objeto y condiciones, con el objeto de seleccionar la oferta más conveniente y celebrar el contrato de que se trate con su autor.

En ese sentido, MARIENHOFF ha sostenido que la licitación pública constituye una excepción al principio general de la libre elección del contratista; a aquel procedimiento, ha expuesto, sólo se debe recurrir cuando una norma lo exige.

El autor citado, en el marco constitucional previo a la reforma de 1994, sistematizó los fundamentos que en su opinión daban sustento a esa conclusión, explicando que si el art. 86, inc. 1, CN, atribuía al Presidente de la Nación la administración general del país y la contratación administrativa es un caso de administración respecto del cual la disposición citada carece de exigencia o limitación específica alguna referida al procedimiento de selección, no cabía sino concluir que para elegir a los contratantes tenía aquél amplia libertad.

Otros autores, en cambio, proponen la licitación pública como regla general para toda contratación administrativa con el fin de asegurar la legalidad, moralidad, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes (Bezzi, Bielsa).

Este método de selección es claramente un *procedimiento administrativo* en el que podemos distinguir los diferentes actos (simples actos, actos, reglamentos y hechos administrativos) que conducen finalmente a la decisión de la Administración sobre con quién contratará.

En efecto, y con palabras de DROMI⁴³, entre licitante y oferente se exteriorizarán diversos elementos separables: pliego de condiciones generales (reglamento adminis-

trativo); pliego de condiciones particulares (acto administrativo); llamado a licitación (acto administrativo); publicaciones (hechos de la Administración); presentación de propuestas (acto jurídico privado); exclusión de oferente (acto administrativo); modificaciones a los pliegos (acto administrativo); recepción o rechazo de oferta (acto administrativo); apertura de los sobres (hechos de la Administración); dictámenes jurídicos y contables (simples actos de la Administración); adjudicación, etcétera.

Coincidentemente, Julio R. COMADIRA⁴⁴ enseña que la licitación es, a diferencia de un acto complejo, una sucesión de actos orientada teleológicamente a la selección de la oferta más conveniente para el interés público; una secuencia ordenada y metódica de diversos estadios, cada uno de los cuales, con un contenido propio e indispensable para dar vida a aquélla. Este mismo criterio es sostenido por un importante sector de la doctrina y ha sido recogido en renombrados casos de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo, "Hotel Internacional Iguazú", "Radeljak", entre otros⁴⁵.

En tal orden de ideas, la doctrina de los actos separables presenta practicidad y utilidad, dado que cada uno de esos elementos podrá ser jurídicamente considerado en forma individual, permitiendo desterrar en el camino eventuales vicios, por la vía que correspondiere.

1. Contextualización de la licitación pública: ¿excepción o regla general?

Un sector de la doctrina nacional, como vimos, se inclinó en su momento por sostener que el principio general en materia de selección de contratistas estatales debía ser el de la libre elección, conteste con el cual, ante ausencia de norma expresa en contrario, la Administración podía elegir discrecionalmente con quién contratar, sin más limitaciones que las válidamente oponibles ante la actividad administrativa discrecional⁴⁶.

En igual sentido, la CSJN, al pronunciarse sobre la validez de un contrato cuestionado en razón de haber sido celebrado sin previa licitación pública, sostuvo que "[...] a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir cocontratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto [...]"⁴⁷.

⁴³ Ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 785.

⁴⁵ "Hotel Internacional Iguazú S.A.", Fallos 308:618, consid. 6° (1986); "Radeljak", Fallos 311:2831, consid. 5° (1988); "Chubut", Fallos 324:4199, consid. 7° (2001); "Astorga, Brach" Fallos 327:4185 (2004), entre otros.

⁴⁶ Para ampliar ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 798.

⁴⁷ "Meridiano SCA", Fallos 301:292 (1979); reiterado en id., 24/11/1988, "Almacenes del Plata SAC" Fallos 311:2385 (1988).

⁴³ DROMI, José Roberto, *La licitación pública*, en FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, ob. cit., p. 305.

Otro sector de la doctrina, en cambio, propone la licitación pública como regla general para toda la contratación administrativa con el fin de asegurar la legalidad, moralidad, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes.

Teniendo en cuenta ambos criterios, COMADIRA afirma que la polaridad no se daría entre la libre elección y la licitación pública sino entre la libre elección—que excluiría toda selección—y la seleccionabilidad.

Lo cierto es que, como dijimos, el decreto 1023/01 se refiere en su art. 24 a la licitación y al concurso público—según corresponda—como la regla general para la selección del cocontratante, sentando claramente y con carácter de excepción los supuestos en que son de aplicación el concurso o licitación privados (art. 25).

2. Principios jurídicos

Los principios fundamentales que rigen el procedimiento de licitación pública son los siguientes, a saber:

a) Oposición o libre concurrencia entre los licitantes: a mayor concurrencia de oferentes, mayor posibilidad de que la Administración obtenga las condiciones y precio más convenientes; no obstante lo cual, la presentación de una oferta no necesariamente significa fracaso de la licitación. El decreto 1023/01 refiere en su art. 3° inc. b), como uno de los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes.

b) Publicidad del acto: la idea es la posibilidad de acceso al conocimiento del procedimiento licitatorio a todo interesado, salvo excepciones debidamente justificadas, que tratándose de un mecanismo de selección del cocontratante como éste no debieran existir. El decreto 1023/01 consagra este principio en el inc. d del art. 3°.

c) Igualdad entre los oferentes o licitantes: contemplado este último principio en el inc. f del mencionado decreto 1023/01, encontrará en gran medida su realización en tanto haya riguroso y generalizado respeto a las normas del pliego, considerándose ecuanimemente todas las ofertas, y permitiendo en todo momento la publicidad de las actuaciones. Es relevante destacar que, tal como lo ha reconocido autorizada doctrina y jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, el principio de igualdad se proyecta, además de su etapa formativa, en el momento de celebración o perfeccionamiento del contrato, en la etapa de ejecución y también al momento de su extinción.

3. Los pliegos de licitación naturaleza y efectos

Los pliegos de bases y condiciones son definidos genéricamente como el documento elaborado por la Administración en el que ésta regula el procedimiento de

selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate⁴⁸.

Este concepto genérico comprende dos especies: el pliego de bases y condiciones generales y el pliego de condiciones particulares. El primero contiene las disposiciones relativas a los contratos de una misma clase o categoría (p.ej. obra pública, suministro, etc.) o bien todos los contratos que celebra la Administración. El segundo se refiere, en cambio, a un contrato particular, cierto y determinado respecto del cual fija las condiciones específicas (p.ej. el contrato de obra pública para la ejecución de una determinada escuela en el ámbito de la Municipalidad de Córdoba).

Así cabe preguntarse ¿todos los pliegos de bases y condiciones tienen la misma naturaleza o es posible realizar diferencias entre ellos?

Algunos autores sostienen el carácter normativo de todos los pliegos, tanto generales como particulares. Otros opinan que los pliegos de bases y condiciones generales revisten naturaleza de actos administrativos de alcance general y la calidad de acto particular a los pliegos de condiciones particulares. Están quienes proponen una categorización compleja, variable según el grado de desarrollo del procedimiento de selección y de ejecución del contrato de manera que asumirán sucesivamente la calidad de actos internos (antes de su publicación), normativos (desde su publicación) e integrativos del contrato (a partir de la adjudicación del contrato). Hay también autores que han planteado la imposibilidad de una determinación apriorística de la forma jurídica del pliego, la cual depende de la normativa aplicable, el pliego en concreto y la intención de la Administración en su elaboración.

También se ha entendido, finalmente que los pliegos generales son actos de alcance general normativo, es decir, reglamentos en tanto regulan, con vocación de permanencia, una pluralidad de casos indeterminados y se incorporan así, al ordenamiento sin consumirse, por ende, con su aplicación. En lo que se refiere a los pliegos de bases y condiciones particulares, en tanto contienen cláusulas relativas a un determinado contrato, revisten la calidad de actos generales no normativos porque sus prescripciones se aplican a destinatarios indeterminados (los potenciales oferentes) y se consumen con su aplicación, es decir, con la sustanciación de la selección y el desarrollo del contrato.

Finalmente resta decir que la cuestión de la naturaleza de los pliegos de bases y condiciones posee utilidad práctica pues según se trata de actos generales o particulares—y de admitirse, de carácter normativo o no normativo—, dependerá el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos, en cuanto a la regulación de su contenido, publicación, etcétera. Además, la diferencia entre pliegos, permite plantear, por un

⁴⁸ Ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 839.

lado, el principio de la inderogabilidad singular del reglamento y por otro justifica, distinciones significativas en materia impugnatoria según lo previsto en las respectivas leyes de procedimiento administrativo.

XII. EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los caracteres que diferencian y resultan distintivos de los contratos administrativos hacen que su ejecución también posea rasgos que le son propios. En efecto, el hecho de que la Administración tenga una posición de superioridad frente a su cocontratante, lo cual le permite modificar el contenido del contrato y/o el alcance de las prestaciones a condición de que no se altere la posición de equilibrio que tiene su contraparte, la “ecuación económico-financiera”⁴⁹, refleja la flexibilidad y singularidad de estos contratos.

En tal sentido, se menciona como ejemplo de esta flexibilidad a los contratos de concesión de obras y servicios públicos, a los que caracteriza por ser de vida dilatada⁵⁰ y que pueden ser pasibles de distintas modificaciones o alteraciones en el transcurso del tiempo.

Ahora bien, cuál es el límite de esas modificaciones es un tema que ha despertado diferentes opiniones. Algunos autores señalan que ese límite está dado por un criterio de prudencia, que lo sienta el tener presente que las ofertas podrían resultar poco serias en tanto el oferente podría especular con la posibilidad de constantes cambios en las condiciones de contratación al poco tiempo de transitada la vida contractual. Mayoritariamente, se reconoce empero que el límite natural a estas modificaciones reside en la necesidad del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato.

1. Las prerrogativas, derechos y obligaciones de la Administración

A la par del derecho de ejercer sus facultades y a la obligación de cumplir con sus deberes como parte en la relación contractual, la Administración goza de unas prerrogativas que, en general, se evidencian en la presencia explícita o implícita de las llamadas cláusulas exorbitantes al derecho privado.

Estas potestades, que son de orden público, irrenunciables, improrrogables, derivadas del régimen jurídico propio de la función administrativa y, al mismo tiempo, de ejercicio obligatorio, son: la continuidad, la mutabilidad, la potestad sancionatoria, y la potestad rescisoria.

⁴⁹ MATA, Ismael, *Ensayos de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 469.

⁵⁰ *Ibidem*.

a) Continuidad

Es la prerrogativa en virtud de la cual la Administración puede exigir al contratista el cumplimiento contractual de modo que éste sea sin solución de continuidad; es decir, ininterrumpidamente y bajo cualquier circunstancia.

Esta prerrogativa reposa en la superioridad del fin público del contrato y en la subordinación de las partes respecto de dicho fin, afirmándose que de esta manera se evidencia el rol del contratista como colaborador de la Administración.

Los modos de control de la continuidad contractual son de diverso orden, a saber:

Técnico: depende de la naturaleza de las prestaciones del contrato, por lo que debe ser acorde al objeto específico de esas prestaciones (ej.: el control sobre la construcción de una represa hidroeléctrica no es igual al control de la ejecución de una escuela).

Económico: consiste en el control presupuestario previo y durante la ejecución, en el de los recursos y el patrimonio del contratista—su capacidad económica y disponibilidad financiera—. Este tipo de control es sumamente importante en los contratos de larga duración.

Jurídico: refiere a la estructura normativo-legal del contrato, a la estabilidad y previsibilidad del título jurídico. Supone asimismo el control de la subcontratación—el subcontratista no es parte del contrato administrativo, aún cuando sea designado, aprobado y controlado por la Administración—y de los equipos de trabajo.

Material: se trata del control asociado al cumplimiento de un determinado plan de trabajo, del plazo de obra, de las condiciones constructivas, etc. Claro está, es un tipo de control estrechamente ligado a la obra pública.

Siendo la continuidad de los contratos administrativos la regla, existen circunstancias que pueden afectar tal principio. Para algunos autores esas circunstancias se restringen a la fuerza mayor y al hecho de la Administración⁵¹; aunque para gran parte de la doctrina el plexo de contingencias puede ser mayor⁵², como veremos a continuación:

⁵¹ MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., en FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, ob. cit., p. 423.

⁵² En efecto, a partir de la presentación del precio y la fórmula de ajuste, aparecen ciertas técnicas de compensación para mantener la ecuación económica financiera del contrato entre las que pueden mencionarse el *ius variandi*, el hecho del príncipe, el riesgo imprevisible y la garantía de revisión de precios.

a) 1. Caso fortuito o fuerza mayor

Al respecto, recordemos que el código civil y comercial dispone las líneas directrices sobre el tema en su art. 1733 —antes arts. 513 y 514 CC—, en los siguientes términos⁵³:

“Artículo 1733. Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:

- a) Si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;
- b) Si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;
- c) Si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento.
- d) Si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;
- e) Si el caso fortuito, y en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad;
- f) Si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito”.

Singular interés respecto del contrato de obra pública resulta la aclaración que el codificador del anterior Código Civil hacía en la nota al art. 514, cuando enseñaba que no son configurativos de caso fortuito los accidentes de la naturaleza que por su intensidad no salgan del orden común; es decir, aquéllos que son el resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza (por ejemplo, la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de ríos, por ejemplo).

La nota al art. 514 permitía colegir que el codificador dio en llamar “hecho del soberano o fuerza del príncipe” al caso fortuito o fuerza mayor derivado del hecho del hombre, para distinguirlo del proveniente de la naturaleza (que es el caso recién mencionado).

Ambos acontecimientos son caracterizados por la doctrina como sobrevinientes, ajenos a las personas que conforman la relación contractual (extracontractual), imprevisibles al momento de la contratación, e irresistibles al control del sujeto obligado.

En ejercicio de la libertad contractual, las partes pueden estipular que el obligado cargue con las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor, que lo haga el acreedor —alternativa frecuente en el contrato de obra pública—, y hasta incluir supuestos que, sin configurar aquellos extremos, resulten eximentes o atenuantes de la obligación de cumplimiento.

En el plano normativo, el art. 13, inc. c del decreto delegado 1023/01, al referirse a las facultades y obligaciones de los cocontratantes, dispone que éstos deben cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural.

a) 2. Hecho de príncipe o del soberano (riesgo o álea administrativo)

En línea con la postura antes señalada, la noción de “hecho del príncipe” o “hecho del soberano” hace referencia a los hechos que, emanados de la Administración (en sentido amplio), sean configurativos de fuerza mayor; pero no lo serán aquéllos hechos o actos que, reuniendo idéntico carácter, procedieren de una actividad humana *lato sensu* y no de la actividad administrativa. Estos hechos afectan la continuidad de la ejecución del contrato, imposibilitándola o demorándola. Por ejemplo, si la Administración no libera las tierras donde el contratista debe hacer la obra pública, o no emite la orden de inicio de los trabajos encontrándose en condiciones de hacerlo y habiendo sido ello requerido.

Un sector de la doctrina sostiene que si el comportamiento proviene de una autoridad de otro sistema jurídico deja de configurarse el “hecho del príncipe” y se está frente a un caso de fuerza mayor *in genere*, sin perjuicio de lo cual, según aquél, si la interferencia procediere por ej. de una Administración Provincial la Administración Nacional debería interceder a fin de disipar el conflicto. MARIENHOFF, en cambio, dice que en un supuesto así resulta de aplicación “la teoría de la imprevisión” (—álea económica y no administrativa—)⁵⁴.

CASSAGNE, quien coincide en que no siempre el hecho del príncipe deriva de la misma autoridad contratante, considera que el “hecho del príncipe” se trata de actos generales de contenido normativo que inciden en el contrato afectando la continuidad en su ejecución. Afirmo que en virtud de la justicia conmutativa propia de las relaciones contractuales el hecho del príncipe no puede afectar al contratista privado⁵⁵.

Otros ejemplos que pueden constituir el “hecho del príncipe” en el sentido en que lo hemos definido, podemos mencionar leyes, reglamentos, ordenanzas y otras medidas de carácter general adoptadas por los poderes públicos, dando lugar a indemnización a favor del contratista por modificar o extinguir anticipadamente un contrato.

Corresponde tener presente que el “hecho del príncipe” constituye actividad lícita (actividad normativa), y como aún así puede generar daño, da paso al conse-

⁵³ MATA, Ismael, ob. cit., p. 482.

⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., en MATA, Ismael, ob. cit., p. 485

⁵⁵ Ver cita de Juan C. CASSAGNE en COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., ps. 885 y ss.

cuenta deber de resarcir al contratista damnificado. Al respecto, el art. 13, inc. c del decreto 1023/01, dispone que el cocontratante debe cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.

Finalmente cabe apuntar que este riesgo contractual se diferencia de la potestad de variación o modificación del contrato en que esta última opera en el ámbito específico de una relación contractual, mientras que aquél consiste en una medida de carácter general, no dirigida a ningún contrato administrativo en particular⁵⁶.

Además, el hecho del príncipe se diferencia del *ius variandi* por lo siguiente: (i) el hecho del príncipe afecta indirectamente al contrato, en tanto que el *ius variandi*, lo hace de manera directa; (ii) el hecho del príncipe es extracontractual, mientras que el *ius variandi* es contractual; (iii) el plazo para que opere la prescripción se ajusta a dicha naturaleza; es decir, 2 años para el caso del hecho del príncipe y 10 años para el supuesto de *ius variandi*.

En sentido totalmente opuesto, BERCAITZ⁵⁷ afirma que no hay diferencias entre un instituto y otro.

En el plano jurisprudencial, la CSJN tiene dicho en "ICFSA" y "Eduardo Chamas"⁵⁸ que el hecho del príncipe no se da cuando se trata de una carga pública general (en el caso se trataba del impuesto a las actividades lucrativas). Por su parte, la CNCAF, Sala III, en "Ingalfa S.A."⁵⁹ (21/10/94) señaló que la generalidad no puede ser tal que configure una carga general o situación de sujeción general a la que todos los ciudadanos queden sometidos ya que eso sería un hecho imprevisible.

a) 3. Teoría de la imprevisión (riesgo o álea económico)

También llamada "del riesgo imprevisible" o de la "lesión sobreviniente" y normativamente receptada por el art. 13, inc. a, del decreto 1023/01⁶⁰: es el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del cocontratante particular, éste puede reclamar la ayuda pecuniaria de la Administración para obviar esa crítica situación y

⁵⁶ Cfr. MATA, Ismael, ob. cit., p. 485.

⁵⁷ BERCAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.

⁵⁸ "Chammas", Fallos 304:1416 (1982).

⁵⁹ "Ingalfa S.A.", CNCAF, Sala III, (1994).

⁶⁰ Esta normativa dispone que: "[...] el cocontratante tendrá: [...] a) El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural tornen onerosas las prestaciones a su cargo [...]"

poder cumplir o continuar cumpliendo sus prestaciones, debiendo ser siempre esas circunstancias ajenas al cocontratante⁶¹.

Deriva del principio de equidad y de la preeminencia del interés público, procurando la equivalencia entre las prestaciones de ambos contratantes, tomando en cuenta el punto contractual inicial, y distribuyendo entre ambos las consecuencias disvaliosas del hecho imprevisible. Ninguna de las partes es culpable, por lo que, con miras a salvar la continuidad del contrato, se reparten entre ambos cocontratantes los perjuicios derivados de la sobreviniencia del álea.

La doctrina puntualiza las siguientes condiciones necesarias para dar lugar a la aplicación de la "teoría de la imprevisión"⁶², a saber (i) existencia de contrato administrativo *stricto sensu*; (ii) imprevisibilidad del hecho sobreviniente; (iii) perturbación profunda en la ecuación económico financiera del contrato; (iv) independencia del hecho respecto de la voluntad de los contratantes —o, al menos, de la del cocontratante particular—; (v) temporaneidad/transitoriedad del trastorno; (vi) *per se*, el cocontratante no debe haber optado por la suspensión de la ejecución del contrato; (vii) composición de pérdidas y perjuicios —no así de ganancias posibles— sólo en la medida de lo necesario para asegurar la ejecución del contrato; (viii) fijación del estado de imprevisión por la Administración Pública, como así también, del monto de la ayuda a otorgarse.

En similar orden de ideas, la CSJN, en autos "Chediak S.A."⁶³, resolvió el caso poniendo énfasis en que para hacer referencia a la imprevisión debe tratarse de eventos tales que, aún en el remoto caso de que las partes hubieren podido conocer sobre ellos, tal circunstancia los hubiera determinado a contratar de otra manera.

Por su parte, la sentencia de la CNCAF, Sala III, en autos "Otonello - Santoro SAC"⁶⁴ permite profundizar en los rasgos caracterizantes de esta noción afirmando que: (i) el quiebre de la equivalencia contractual debe superar la aleatoriedad económica corriente; (ii) la onerosidad debe ser extraordinaria (fuera de lo común), y (iii) el reajuste e indemnización debidos al contratista privado se calculan desde la época en que se denunció el desequilibrio económico a la Administración, y no desde la producción del hecho generador del desequilibrio se produjo, siendo ello así porque el tiempo transcurrido entre el inicio del hecho y su denuncia es un efecto ya cumplido o concluido, que queda comprendido por el artículo 1198, apartado 3, del Código Civil.

⁶¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., en FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, ob. cit., p. 909.

⁶² Ver Héctor ESCOLA en COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 910.

⁶³ "Chediak S.A.", Fallos 319:1681 (1996).

⁶⁴ "Otonello-Santoro S.A.C.", CNCAF, Sala III, mayo 28-985.

Dado que, como ha reconocido la doctrina, la reparación o compensación del afectado por el desequilibrio del contrato no tiene carácter integral —y ello, porque el acontecimiento perturbador no es imputable a las partes—, en el supuesto de que el cocontratante entendiere que no ha sido debidamente compensado por la Administración, podrá recurrir a la autoridad jurisdiccional; y hasta podrá optar por la rescisión del contrato. Esta última posibilidad también es viable para la Administración contratante.

Por último, es pertinente referirse a la figura del denominado “sacrificio compartido” como expresión consagrada en el art. 49 de la mencionada ley de emergencia económica N° 23.696⁶⁵. Así todo, la *emergencia* que habría justificado su sanción fue tratada como causal de fuerza mayor⁶⁶.

b) Mutabilidad. *Ius variandi*

Dada la necesaria vinculación de la contratación administrativa con el interés público, el *ius variandi* o derecho de la Administración a modificar unilateralmente los términos del contrato administrativo, se presenta como la prerrogativa por la cual aquélla puede alterar por sí sola lo que se haya fijado en la convención contractual, lo cual resulta inconcebible en el ámbito del derecho privado.

Dicho de otro modo, la inalteración del fin (público) del contrato administrativo justifica la alteración de los medios para alcanzarlo (ej. la variación de la obra, la continuidad y regularidad del servicio público, etc.). De allí, que puede hablarse de una mutabilidad del contrato y una inmutabilidad del fin (siempre público).

Se trata en definitiva de la potestad estatal de alterar las prestaciones, en sus caracteres, periodicidad, continuidad, cantidad, habitualidad, etcétera. La variación debe hacerse “conforme al interés público”, es decir, tratando de adecuar el contenido de aquéllas a las actuales exigencias del interés público. Por ejemplo, piénsese en el caso de una epidemia por la que debiera requerirse al proveedor de vacunas que aumente razonablemente las dosis y/o la periodicidad de las entregas.

Así como el interés público y la continuidad del contrato nutren de sentido a esta potestad de la Administración, el límite infranqueable de su ejercicio es la naturaleza del contrato, la cual no puede verse vulnerada. En efecto, la doctrina es unánime al señalar que la mutabilidad del contrato administrativo debe ser limitada y estar sujeta a principios de razonabilidad (cfr. art. 28, CN).

En cuanto a las aplicaciones prácticas de esta prerrogativa, el decreto 1023/01, consagra la facultad de aumentar o disminuir hasta en un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos (art. 12, inc. b), la de revocar, modificar o sustituir los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 12, inc. b), y la de prorrogar, de haber así estado previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios (art. 12, inc. g).

Por su parte, en cuanto a los contratos de obras y servicios públicos y con motivo de la situación de emergencia pública suscitada a fines del año 2001, la ley N° 25.561, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario⁶⁷, autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar dichos contratos, disponiéndose respecto de ellos además (art. 8°) que quedaba sin efecto cualquier mecanismo indexatorio, como así también, expresamente, que los precios y tarifas resultantes de cláusulas indexatorias que pudieren haber estado previstas en aquéllos quedarían establecidos en pesos a la relación de cambio 1 peso (\$) = 1 dólar estadounidense (1 U\$S)⁶⁸.

c) La potestad de dirección y control

La potestad de dirección y control consiste en la prerrogativa en virtud de la cual la Administración fiscaliza y monitorea el fiel cumplimiento de las previsiones contractuales de cara al interés público perseguido en cada caso⁶⁹.

Se trata de una de una prerrogativa de raigambre constitucional, puesto que de la Carta Magna deriva la responsabilidad de la Administración sobre la marcha de los negocios públicos.

De los varios modos que tiene la Administración para ejercer dicho control (auditorias, inspecciones de obra, por ej.), la creación de los entes reguladores de los servicios públicos resulta uno de los más representativos de esta potestad, entre los cabe mencionar por ejemplo el ENRE (Ente Nacional Regulador de la Energía), el ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas), la CNRT (Comisión Nacional de Regulación del Transporte), entre otros.

⁶⁷ B.O. 06/01/02.

⁶⁸ En relación con la referida renegociación, mediante Decreto 311/03 (B.O. 04/07/03) se creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal.

⁶⁹ Para un sector de la doctrina se trata de una prerrogativa que, siendo inherente a la Administración, y exorbitante del Derecho Privado, no es necesario que haya sido expresamente prevista en el contrato, sino que existe, con total plenitud, aun en ausencia de cláusulas de ese tipo (cfr. COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 886).

⁶⁵ BO 23/08/89.

⁶⁶ Para ampliar en cuanto a la emergencia como causal de modificación contractual, ver MATA, Ismael, ob. cit., p. 488.

Si bien los matices y alcances del control pueden variar en cada supuesto, en el caso de la obra pública la facultad de control está normalmente prevista en el marco legal que rige cada contrato, tal como analizaremos en los capítulos siguientes.

d) *La potestad sancionatoria. Antes de Control*

La potestad sancionatoria es una derivación de la potestad de dirección y control, porque ésta se tomaría ilusoria si no existiera un mecanismo por el cual castigar la actitud de un contratista incumplidor —y premiar implícitamente a lo que no lo es—.

Se trata de sanciones de naturaleza contractual, a diferencia de las resultantes del ejercicio del poder de policía (de comercio, sanitaria, de tránsito, de seguridad, etcétera) del que está investido la Administración.

La potestad sancionatoria se despliega de tres maneras, y por ello es que la doctrina distingue sanciones pecuniarias, coercitivas y rescisorias, a saber:

Sanciones pecuniarias: siendo que algunos autores identifican la sanción fija y predeterminada de aquella consistente en la reparación del daño provocado (indemnización de daños y perjuicios), hay quienes entienden que este último tipo no configura realmente un tipo de sanción sino del resultado de la aplicación de la teoría de la reparación en virtud del incumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas por el contratista⁷⁰. Sea cual fuere la postura que se comparta, lo cierto es que las primeras pueden adoptar la forma de multa o de cláusula penal, y su aplicación más usual en el ámbito de los contratos administrativos es cuando el cocontratante incurre en mora en la ejecución. Señala MARIENHOFF⁷¹ que tanto una modalidad como la otra deben tener siempre por fuente al contrato o los pliegos de condiciones, pues lo contrario implicaría una actividad evidentemente ilícita. Cabe asimismo acotar que el propósito de la sanción no es resarcitorio, sino que su única finalidad es la de actuar coercitivamente sobre el cocontratante para que éste cumpla con el contrato. Consecuencia de dicha afirmación es la de la proporcionalidad de la sanción respecto de la gravedad de la falta.

La aclaración respecto de la naturaleza de las sanciones pecuniarias resulta útil en tanto la Administración ha solido aplicar el principio del "*solve et repete*", como si invistieran raigambre tributaria.

Por cierto, el incumplimiento continuo que derivare en la aplicación de sucesivas multas puede derivar en la rescisión del contrato.

⁷⁰ Así, FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 327, consideran que las sanciones pecuniarias son únicamente las fijas y predeterminadas.

⁷¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel, citado en FARRANDO, Ismael (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 578.

Sanciones coercitivas o sustitutivas: íntimamente ligadas al interés público que está en juego, consisten en el reemplazo provisorio del cocontratante en la ejecución del contrato, con el objeto de procurar su continuidad. De allí que este tipo de sanciones sea funcional a los contratos de concesión de servicios públicos, de obra pública y suministros.

La provisoriedad de la solución radica en que la sustitución operará sólo a los efectos de encauzar la situación en orden a la ejecución del contrato, logrado lo cual el cocontratante sería reintegrado al ejercicio pleno de sus derechos y obligaciones⁷².

La nota distintiva es que se sustituye al cocontratante por la propia Administración o por un tercero, en la misma prestación que quedará discontinuada o incumplida, por cuenta y riesgo de aquél⁷³.

Sanciones rescisorias: ponen fin al contrato declarando su caducidad o rescisión cuando su ejecución resulta imposible por el cocontratante debido a su dolo o culpa.

Se trata de la máxima sanción que puede imponer la Administración a su cocontratante, y es porque, al igual que respecto de las coercitivas o sustitutivas, debe estar precedida de una intimación previa o constitución en mora⁷⁴.

Sobre las sanciones rescisorias, en el caso "Tecsá"⁷⁵ nuestro Máximo Tribunal señaló que "[...] el poder de rescisión —aún cuando no esté expresamente contemplado en el contrato— constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo"; y agregó que "[...] la estipulación expresa no resulta enteramente superabundante, pues significa que en los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades la rescisión debe sujetarse a lo establecido [...]".

Las causales que suelen preceder a la aplicación de este tipo de sanciones son el abandono de una obra o de la concesión, siendo incluso que en estos supuestos, tanto las sanciones coercitivas o sustitutivas como las rescisorias, pueden llevar aparejada la ocupación de las instalaciones o bienes del concesionario o del contratista⁷⁶.

Finalmente, en el plano normativo el decreto 1023/01, prevé en su art. 29 las *Penalidades y Sanciones* de las que son pasibles los oferentes y cocontratantes encontrándose entre las primeras la pérdida de garantía de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato, la multa por mora, y la rescisión por culpa de aquéllos; y entre las segundas, el apercibimiento, la suspensión y la inhabilitación.

⁷² *Ibidem*, p. 580.

⁷³ Para ampliar ver FARRANDO (h.), Ismael, *Curso...* ob. cit., p. 580.

⁷⁴ Cfr. BERCAIZ, Miguel A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, en FARRANDO (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 581.

⁷⁵ "Tecsá S.A.", Fallos 322:3139 (1999). En especial, consid. 9, citado por H. ESCOLA en COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 916.

⁷⁶ Cfr. BERCAIZ, Miguel A., ob. cit., en FARRANDO (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 583.

e) Interpretación unilateral del contrato

Esta prerrogativa, que está prevista en el art. 12, inc. a, del decreto 1023/01, es entendida también como una de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho privado, e inspirada igualmente en la satisfacción del interés público. Ella se refiere a la facultad de la Administración de que, en el caso de existir discrepancias en torno a la interpretación del contrato, sea ella la que, *per se*—y no por intermedio de los tribunales—, afirme en qué sentido debe definirse la cuestión, e imponga tal interpretación mediante un acto decisorio y ejecutivo⁷⁷.

Siempre estará a salvo el derecho del contratista a hacer valer su propia visión del conflicto, mediante el empleo de los recursos administrativos que están a su disposición; pero el contenido de esa reclamación no tendrá por objeto el acto administrativo de interpretación sino las pretensiones que se deduzcan como consecuencia de él⁷⁸.

XIII. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La excepción de incumplimiento contractual vehiculiza la posibilidad de que el contratante se abstenga legítimamente de cumplir su pretensión si no advierte el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa. La cuestión es si la Administración actúa legítimamente cuando pretende imponerle al particular que éste continúe con la ejecución del contrato cuando ella misma se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones que le son recíprocas, omitiendo considerar que la mora del acreedor obsta a que el deudor caiga a su vez en mora (doctrina del anterior art. 510, CC) y que en los contratos bilaterales el uno de los obligados no puede demandar su cumplimiento si no probare haberlo cumplido u ofreciese cumplir o que su obligación es a plazo (arts. 1031 y 1032 CCyC—antes art. 1201, CC—)⁷⁹.

Los requisitos de procedencia de la excepción de incumplimiento son interpretados con rigor en el ámbito de los contratos administrativos teniendo en cuenta las incidencias al interés público que tendría el dejar de cumplir el contrato administrativo. Por esa razón se ha dicho que no cualquier incumplimiento por parte del acree-

dor autoriza al deudor a oponer tal defensa frente a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En cuanto a los requisitos para su procedencia se ha señalado, en términos generales los siguientes, 1) la parte que invoca esta excepción debe cumplir u ofrecer cumplir las obligaciones conexas que le son propias; es decir que derivan de la misma causa; 2) el incumplimiento que al acreedor se le achaca debe revestir trascendencia ya que de lo contrario el deudor obraría en contra del principio de buena fe que es dable de esperar en cualquier contrato y también en la contratación administrativa (arts. 961, 968, 1061 y 1063 CCyC—antes art. 1198, CC—) y 3) la obligación que el acreedor debe haber incumplido es aquella que en la conexidad apuntada, pueda calificarse de principal en el sentido que debe guardar equivalencia o correlación con la obligación que es dable exigir al deudor.

La aplicación de este instituto no es uniforme en la doctrina y jurisprudencia. En efecto, mientras que para algunos casos la excepción es lisa y llanamente inaplicable en el campo del derecho público (Jeze), para otros es procedente en la medida en que el hecho (que en el caso sería la falta de pago del precio o parte de él) impida absolutamente el puntual cumplimiento por parte del particular. También se ha señalado, en una postura algo más flexible, que debe exigirse a quien invoca la excepción una razonable imposibilidad (no absoluta imposibilidad) de cumplir, lo cual ocurre cuando la Administración deja de pagar una suma apreciable por un lapso que excede toda prudencia, afectando las finanzas del contratista y siempre teniendo en cuenta su capacidad económica y la índole del contrato⁸⁰.

Los criterios apuntados han sido empleados por lo general en la jurisprudencia. Así puede citarse la sentencia recaída en la causa “Bricons” en la que la CNCAF resolvió que la disminución del ritmo de los trabajos sólo es admisible en la medida en que, advertida en tiempo propio la Administración, sus atrasos en los pagos motivasen en los hechos para el contratista una razonable imposibilidad de cumplir sus prestaciones⁸¹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la causa “Cinplast”⁸², calificó al contrato de suministro de cables para la red de telefonía como un contrato como administrativo por su vinculación con la prestación del servicio público y, en consecuencia, señaló que la suspensión en el suministro ocasionaría serios inconvenientes al normal desarrollo del plan de obras y a la comunidad. El mismo argumento ha sido empleado por la Procuración del Tesoro en materia de contratos de obras públicas (por ejemplo, dictámenes 217:115)⁸³.

⁷⁷ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., - PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, en FARRANDO, Ismael, (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 564.

⁷⁸ Cfr. FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 329.

⁷⁹ MERTEHLIAN, Eduardo, “Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos”, en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, p. 277.

⁸⁰ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III A, p. 377.

⁸¹ “Bricons”, CNCAF, Sala III (1989). Ver cons. IV apartado h).

⁸² “Cinplast”. Fallos: 316:212 (1993).

⁸³ En materia del contrato de obras públicas, el art. 35 de la ley 13064 dispone, según MERTEHLIAN, el principio en que ninguno de los contratantes incurre en mora si su cocontratante ha incumplido las obligaciones a su cargo. MERTEHLIAN, Eduardo, ob. cit., p. 286 y ss.

Los argumentos que en general se invocan para rechazar la aplicación de esta excepción en los contratos administrativos son que el servicio público no puede ser interrumpido y que el cocontratante tomó a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio. Este criterio que fue expuesto por MARIENHOFF y es seguido por CASSAGNE afirmando que, frente al incumplimiento de la Administración y para invocar la excepción, el cocontratante debe demostrar una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones⁸⁴.

MAIRAL afirma que adolece de una excesiva generalidad el criterio restrictivo expuesto y deben distinguirse la relación tripartita en la concesión de servicios públicos entre Estado concedente-concesionario usuario y donde la principal prestación que recibe el concesionario (el precio del servicio proviene del usuario y no del Estado). En tal sentido, la excepción es plenamente aplicable entre el concesionario y el usuario pues si éste no abona, no tendrá derecho a la prestación. En cuanto a proscribir la excepción de incumplimiento entre el Estado y el concesionario —y exigirle a éste que demuestre una razonable imposibilidad de cumplir las prestaciones—, constituye una solución imperfecta e injusta⁸⁵. Por su parte, MERTEHIKIAN afirma que el principio de buena fe (arts. 961, 968, 1061 y 1063 CCyC —antes art. 1198, CC—) fundamenta la excepción en el derecho administrativo y complementa al principio de justicia sostenido por MARIENHOFF. En consecuencia, dice, la gravedad del incumplimiento por parte de la Administración que justifica la aplicación de la excepción debe ser grave y trascendente lo cual debe ser evaluado en cada caso.

XIV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL COCONTRATANTE PARTICULAR

El contratista tiene derecho a que se cumplan las estipulaciones fijadas en su favor en el contrato respectivo. Ciertamente, en la base de los derechos que le asisten a quien contrata con la Administración se encuentra el de percibir el precio; o, dicho de otro modo, la remuneración estipulada en su favor en retribución por la prestación que se comprometió a ejecutar.

El precio debe ser abonado en el lugar, tiempo y bajo la modalidad pactada por las partes en el contrato o por acuerdo posterior, reuniendo la observancia de dichas circunstancias garantía suficiente de la intangibilidad del acuerdo⁸⁶.

Asimismo, el precio puede ser percibido de distintas formas: de manera directa de la Administración, de los usuarios en forma indirecta, de éstos, pero en forma

⁸⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., ps. 774 y ss. Ver en especial lo que se dice en p. 783, nota 42.

⁸⁵ MAIRAL, Héctor, *De la peligrosidad...* ob. cit., ps. 79:655 y ss.

⁸⁶ CER. BUSTELO, Ernesto, "Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio", en FARRANDO (H.), *Contratos...* ob. cit., p. 587.

directa, mediante liquidaciones mensuales a través de certificaciones, o por anticipos financieros, entre otras modalidades.

En relación al tema del precio se encuentra la cuestión de su revisión, dado que el referirse a aquél supone siempre el hablar de un precio íntegro; esto es, de un precio verdaderamente remunerativo de la prestación ejecutada⁸⁷.

Al respecto cabe recordar el ya analizado principio del equilibrio económico-financiero del contrato que, como se dijo, no es otra cosa que una protección excepcionalmente intensa del objetivo económico del contratista particular, como límite y contrapeso de las facultades exorbitantes de que goza la Administración⁸⁸.

Por otra parte, en los contratos de larga duración, de ejecución continua, o de entregas parciales a lo largo de un lapso de importancia, se presenta la disyuntiva de tener que cumplir con el requisito de fijar un precio cierto y determinado y, por otro lado, de prever el advenimiento de los riesgos del mercado que podrían presentarse durante el curso de la ejecución del acuerdo.

El remedio empleado, incluso en el derecho comparado, consiste en la introducción en los contratos de fórmulas polinómicas de ajuste de precios, las que en nuestro derecho han tenido importantes estudios atento al deterioro que produce el proceso inflacionario en materia contractual⁸⁹.

También fue de aplicación en nuestro país la indexación, a través de las Leyes 21.391⁹⁰ y 21.392⁹¹, para el caso de contrato de suministros y de obras públicas respectivamente, tendientes a proteger el período de pago en el caso de las obras y todo el lapso contractual en el caso del suministro.

La ley 23.928⁹² de convertibilidad del plan austral, eliminó todo mecanismo indexatorio o de ajuste de precios a partir del 01/04/91, prohibiendo tajantemente la aplicación de cualquier tipo de fórmula con tal finalidad y dejando sin efecto las actualizaciones de precios de deudas del estado a los contratistas, estableciendo en su lugar las tasas pasivas promedio conforme el Decreto 941/91⁹³ y al fallo de la Corte Suprema en "YPF c. Prov. de Corrientes y Banco de Corrientes s. cobro de australes"⁹⁴.

⁸⁷ Cfr. FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 333.

⁸⁸ GRANILLO OCAMPO plantea, junto a otros autores, que la noción de revisión de precios como uno de los supuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión, aun cuando admite que se trata de una aplicación "no ortodoxa". (Ver GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990, ps. 97 y ss.).

⁸⁹ Así surgió la Ley 12.910 (mayores costos), tendiente a enfrentar la catástrofe sobreviniente a partir de la Segunda Guerra Mundial, luego incorporada a todos los contratos de obras.

⁹⁰ B.O. 26/08/76.

⁹¹ B.O. 26/08/76.

⁹² B.O. 28/03/91.

⁹³ B.O. 17/05/91.

⁹⁴ Fallos 315:158 (1992).

Así todo, y con el tiempo, mediante Decreto 1312/93⁹⁵, el Poder Ejecutivo Nacional debió introducir, para los contratos de obras públicas de más de un año de duración, una fórmula polinómica basada en índices oficiales de precios y con una metodología bastante acotada de aplicación⁹⁶.

Finalmente, cabe destacar que luego de la sanción de la ley de emergencia pública 25.561 —que recordemos mantiene la derogación de todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación de precios, actualización monetaria, variación de costos que habían sido dispuestas por la ley de convertibilidad—, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el decreto 1295/2002⁹⁷ que, además de la derogación del decreto 1312/93, dispone una metodología de redeterminación de precios de contratos de obra pública, excluyendo los otros contratos de derecho público⁹⁸.

La CSJN en “Tecnobra S.A.”⁹⁹ se refiere a la naturaleza del procedimiento del reconocimiento de mayores costos y su tratamiento por el Decreto 2875/75¹⁰⁰ —dictado en virtud del art. 6° de la Ley 12.910 antes mencionada—¹⁰¹.

En la Provincia de Córdoba, por su parte, el decreto 1331/2010¹⁰² establece —de un modo similar al orden nacional— un régimen de redeterminación de precios de las obras públicas disponiendo una metodología detallada para verificar en cada caso para determinar su procedencia.

XV. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La finalización de los contratos administrativos puede ocurrir de dos maneras diferentes; de modo normal o anormal, según veremos a continuación.

⁹⁵ B.O. 30/06/93.

⁹⁶ Ver reseña de una evolución de esta normativa en FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 339.

⁹⁷ Decreto 1295/2002 (B.O. 19/07/2002).

⁹⁸ Art. 2°. “Los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen, identificados en el Artículo 4° del presente decreto, hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un diez por ciento (10%) a los del contrato, o al precio surgido de la última redeterminación según corresponda, conforme a la “Metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública” que como Anexo forma parte integrante del presente Decreto. Esta redeterminación será aplicable únicamente a los contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias, y no será de aplicación a las concesiones con régimen propio y cobro directo al usuario, como así tampoco a los contratos de concesión de obra y de servicios, licencias y permisos”.

⁹⁹ Fallos 316:730 (1993).

¹⁰⁰ B.O. 27/10/75.

¹⁰¹ En particular merece especial atención el voto en disidencia de los doctores BARRA y CAVAGNA Martínez, cuya lectura recomendamos.

¹⁰² Decreto 1133/10 (B.O. 09/09/10) [T.O y decreto 1231/10 (B.O. 09/09/10)].

1. Modos normales

Los modos normales de extinción de los contratos administrativos son los siguientes:

a. El cumplimiento del objeto: es el modo por antonomasia de finalización de contrato administrativo y se produce cuando la obra ha sido realizada, el servicio prestado, cierta mercadería o material suministrado, etc., con lo que, lo que naturalmente correspondería ocurriese, es que el contrato se extinga.

b. Expiración del término de duración: En algunos casos, se prevé que el contrato administrativo concluya producido un evento o una fecha determinada, por ejemplo, los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos prevén plazo de duración de las mismas, a cuyo vencimiento se extingue el vínculo contractual.

2. Modos anormales

La conclusión del contrato se produce en estos casos por interrupción de la relación contractual en forma anticipada, que incluirá indemnizaciones, daños y perjuicios, penalidades, etc. Los efectos en estos supuestos de conclusión también son anormales; lo que equivale a decir, no son los queridos por las partes, quienes se entiende contrataron para ver concretada la ejecución de aquél. Entre los modos anormales podemos mencionar los siguientes¹⁰³:

a. Rescisión convencional: las partes pueden acordar la finalización del contrato sin esperar la concreción del fin por el cual pactaron o aguardar la expiración del término fijado como duración del mismo. En tal caso, no habrá en principio lugar a indemnizaciones o eventuales compensaciones al cocontratante, salvo, claro está, que hubiere prevalecido la voluntad rescisoria de la Administración, simplemente aceptada, pero no querida, por el particular.

b. Desaparición del objeto del contrato. Si el contrato ha quedado privado de objeto —ej. desaparición de una playa en las que se realizaría una obra pública—, su subsistencia carece de sentido, pues se estaría frente a una relación jurídica carente de todo contenido. Según dicha desaparición obedezca a un hecho totalmente ajeno a las voluntades de ambas partes o resulte de un hecho del hombre que así todo reúna el carácter de irresistibilidad, podrán entrar a tallar los principios que hemos examinado al tratar sobre el caso fortuito y fuerza mayor, el hecho del príncipe, etcétera.

¹⁰³ Ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 911.

c. Rescisión debida a fuerza mayor o a potestad rescisoria, sancionatoria o modificatoria: Las causales de fuerza mayor, el hecho de la Administración o el hecho del príncipe pueden llevar a la conclusión del contrato administrativo al dar lugar a su rescisión. La Administración puede optar por hacer uso de aquella potestad, ínsita en todo contrato administrativo, al disponer unilateralmente la conclusión del contrato, sin perjuicio del derecho del cocontratante de exigir una indemnización integral¹⁰⁴ en tanto y en cuanto no ha mediado culpa o responsabilidad alguna de su parte.

Por su parte, las sanciones rescisorias tienen justamente el efecto de producir la conclusión del contrato, aún cuando nada de ello estuviere expresamente consagrado en el acuerdo, remitiéndonos en este punto a las nociones vertidas en oportunidad de tratar los distintos tipos de sanción que puede aplicar la Administración al cocontratante particular.

d. Muerte o quiebra del cocontratante: Dada la naturaleza *intuitu personae* de las obligaciones que surgen de los contratos administrativos, se entiende que una grave alteración de la personalidad del contratista —su quiebra, concurso, muerte, inhibición de bienes, por ej.— se transforma en causal de rescisión del contrato, no obstante lo cual, se afirma que la Administración no está obligada en todos los casos a plantear tal extremo, siendo incluso que, ocurrido cualesquiera de los eventos señalados, el contrato no se extingue del pleno derecho sino que requiere un acto expreso de rescisión por parte del Estado, ya que es la decisión administrativa la que la produce y no el hecho de la muerte, la ausencia, la inhabilidad, la quiebra, etc. del concontrante.

Las obligaciones indemnizatorias en estos casos corresponderá, en su caso, teniendo en cuenta en el grado de responsabilidad o no del propio contratista en el evento rescisorio ej. puede hacerse la distinción entre los supuestos de muerte producida por causas naturales y provocada, toda vez que se ha sostenido que en este último caso, en el que quedaría comprendido el suicidio o el desenlace muerte como consecuencia de una conducta negligente del cocontratante (conducía alcoholizado, por ej.), el fallecimiento le es imputable, por lo que serían de aplicación las consecuencias propias de la caducidad¹⁰⁵.

e. Ruptura definitiva de la ecuación económico financiera del contrato: dado que en este aspecto nos hemos referido con anterioridad, nos remitimos a lo ya expues-

¹⁰⁴ Tanto del daño emergente sufrido como del lucro cesante ocasionado —cfr. COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 915—. Véase no obstante que el decreto 1023/01, reglamentado por el decreto 893/12 excluye el lucro cesante.

¹⁰⁵ Cfr. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo* - MARIENHOFF, Miguel Á., *Tratado de derecho administrativo*, citados por ÁVALOS, María Gabriela, *Extinción*. Parte I, en FARRANDO (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 653.

to. Cabe agregar aquí, cuando el desequilibrio contractual reviste tal entidad que hace imposible, o al menos razonablemente improbable, la ejecución del contrato, se presenta en ciernes la conclusión de éste, y sólo resta abocarse a los efectos de tal desenlace, para lo que hay que tener en cuenta, no existiendo previsiones legales y/o contractuales al respecto, los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración Pública, según sean aplicables unos u otros¹⁰⁶.

f. Renuncia. Al igual que lo señalado con la causal de muerte o quiebra del cocontratante da paso a una breve referencia al carácter *intuitu personae* de los contratos administrativos, se repara en este caso en la distinción entre contratos administrativos de colaboración y los de atribución, señalando que la renuncia no ejerce efectos respecto de los primeros mas sí con relación a los segundos, dado que éstos se celebran principal y directamente en interés privado o particular del cocontratante, en tanto aquéllos, para atender de manera inmediata a las exigencias del interés público.

Sin embargo, se ha dicho que aún en los contratos administrativos de colaboración la renuncia del cocontratante tendría lugar, pero sólo en la medida en que fuere aceptada por el Estado, con lo que no estaríamos frente a un caso de renuncia sino de rescisión convencional.

g. Caducidad. Revocación. Rescate. Cuando el concesionario no cumple debidamente sus obligaciones y ello le es imputable, se puede llegar a declarar la pérdida de sus derechos por medio del instituto de la caducidad del contrato, siendo ésta, como las restantes tratadas en este apartado, una manera anormal de conclusión del acuerdo.

Los efectos a partir de la declaración de caducidad son ex nunc —para futuro—, contando desde que el contratista fue notificado de dicha declaración¹⁰⁷. Aunque se ha incurrido en el error de confundir caducidad con revocación, son los caracteres distintivos de uno y otro instituto los que arrojan luz al respecto. Así, mientras la primera está determinada por incumplimientos en el contrato imputables al cocontratante, la revocación puede ocurrir por causa de oportunidad o de ilegitimidad, denominándose “rescate” al supuesto de revocación por causa de oportunidad¹⁰⁸.

La aplicación del rescate se manifiesta especialmente en aquellos tipos de contratos en que se ha otorgado al particular el ejercicio de actividades que originariamente corresponden al estado; y es justamente mediante el rescate que éste reasume dicha actividad. Al no tener culpa éste de la decisión unilateral adoptada por la Administración, ella deberá indemnizar íntegramente a aquél el valor del contrato más el de los daños producidos, de conformidad con el art. 17 de la Carta Magna.

¹⁰⁶ Cfr. COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 919.

¹⁰⁷ Cfr. DROMI, Roberto, *La Licitación pública*, en FARRANDO (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 667.

¹⁰⁸ Cfr. BUJ MONTERO, Mónica, *Los servicios públicos*, en FARRANDO (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 667.

Hay quienes entienden que, por la analogía, el rescate tiene respecto de la expropiación, y habida cuenta del abuso que muchas veces se ha hecho del empleo de dicho instituto, debiera requerirse, al igual que para llevar adelante esta última, una ley que disponga la reasunción de la actividad por parte del Estado¹⁰⁹.

XVI. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL COMPLIANCE

La ley 27.401¹¹⁰ establece cambios en la normativa anticorrupción aplicable a las interacciones de empresas con funcionarios públicos. En tal sentido, esta ley busca incorporar en el ordenamiento legal argentino conceptos existentes en normas anticorrupción extranjeras como los programas de compliance y beneficios por colaborar con las autoridades en los casos judiciales.

En efecto, se establece un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los delitos de cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos y balances e informes falsos.

Las multas serán de 2 a 5 veces el beneficio “indebido” obtenido o que se hubiese podido obtener por las acciones en las que se incurrió en violación de la ley. Adicionalmente, las autoridades podrán decomisar los activos obtenidos a través de estas acciones ilegales.

Las personas jurídicas también podrán perder o sufrir la suspensión de los beneficios estatales que hayan obtenido previamente y se las podrá suspender para participar en contratos con el Estado o en “cualquier otra actividad vinculada con el Estado”.

La implementación de un programa de integridad (compliance) será “condición necesaria” para entablar ciertos contratos con el Estado Nacional incluyendo, entre otros, los que por su monto deban ser aprobados por autoridad pública con rango no menor a Ministro y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos. Las empresas que no se involucren en dichas contrataciones podrán o no implementar programas de integridad bajo esta ley.

Se destaca que tener un programa de integridad efectivo podrá beneficiar a la persona jurídica mitigando las penas aplicables en caso de incumplimiento de esta ley.

Seguramente transcurrirá un tiempo considerable hasta que se generen antecedentes administrativos o judiciales sobre la aplicación de varios aspectos novedosos

que introduce esta ley. Por ello, estudiar la experiencia en el derecho comparado puede resultar de utilidad.

XVII. LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA EMERGENCIA SANITARIA. REMISIÓN

La pandemia suscitada a nivel global por la aparición del Coronavirus—COVID-19—y la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la Ley 27.541¹¹¹ y ampliada por el Decreto N° 260/2020¹¹², han producido múltiples incidencias en las categorías del derecho administrativo, cuyos alcances aún son imprecisos, pero muy significativos.

En ese contexto, la contratación administrativa es una de las categorías más incididas en el ámbito del derecho público con motivo de la aparición del Coronavirus—COVID-19; o, en realidad, lo son consecuencia de la declaración de “emergencia sanitaria” dispuesta por el Estado¹¹³.

Así, por ejemplo, el Estado Nacional mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 287/2020 (B.O. 18/03/2020) facultó a las entidades que integran el Sector Público Nacional, durante el plazo que dure la emergencia, para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o sus regímenes de contrataciones específicos.

Las modificaciones normativas y reglamentarias se suscitan de una manera vertiginosa en el marco de la emergencia sanitaria y comprenden todos los aspectos y etapas de la contratación, tales como el régimen de selección del contratista, celebración, ejecución y extinción del contrato administrativo.

Ciertamente, la dinámica y la complejidad de esos cambios—que aún transcurren—impiden formular un compendio y una sistematización de las adecuaciones normativas con pretensiones de generalidad. Aún así, no obstante, es dable examinar brevemente las adecuaciones normativas más relevantes de modo que permitan, al menos, conjeturar la dirección y sentido que muestran. Con ese propósito, remitimos a los capítulos siguientes en los que se estudian los contratos administrativos en particular.

¹⁰⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, en FARRANDO (h.), *Contratos...* ob. cit., p. 668-669.

¹¹⁰ B.O. 1/12/17.

¹¹¹ B.O.P. 23/12/2019.

¹¹² B.O.P. 12/03/2020.

¹¹³ Para profundizar sobre los inicios de este concepto esencial, ver con provecho CARRANZA TORRES, Luis R., “Los orígenes de la policía sanitaria”, *Comercio y Justicia*, 12 de junio de 2020.

CAPÍTULO IX

OBRA PÚBLICA Y OTROS CONTRATOS

I. OBRA PÚBLICA

1. Concepto

La expresión “obra pública” suele utilizarse en sentidos diferentes razón por la cual debemos realizar algunas precisiones. En lo que respecta a la terminología, los autores franceses emplean expresiones tales como “trabajos públicos” y “obra pública”, considerando que la primera tiene un sentido amplio y comprende tres condiciones tradicionales: el objeto inmobiliario del trabajo; su fin de utilidad general y su realización por cuenta de la persona pública¹.

En nuestra doctrina se ha señalado que toda obra pública es siempre el resultado de un trabajo público; que tales trabajos deban ser efectuados por cuenta de una persona pública estatal y, además, que estén efectivamente encaminados o dirigidos al logro o la satisfacción en forma directa e inmediata, de un interés público². También se ha señalado que las obras públicas son aquellas realizadas por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público — dominio público — o incorporación al dominio privado del Estado.

La obra pública puede ser financiada con fondos del tesoro público o con fondos privados, puesto que, según este criterio, no es el origen de los fondos el que le da

¹ LAUBADERE, André de, *Traité de droit administratif*, t. II, 7ª ed., Librairie Générale de Droit Jurisprudence, 1980, N° 21.

² Siguiendo a COMADIRA utilizamos como equivalentes los términos “bien común” e “interés público”, habida cuenta de que el interés público al cual generalmente se refiere la doctrina no puede ser sino el “bienestar general” mencionado en el Preámbulo de la Constitución, y éste a su vez, deber ser entendido, según ha enseñado la Corte Suprema, como el “bien común” de la filosofía clásica (Fallos, 179:113) (cfr. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 124).

ese carácter, sino la existencia de otras condiciones que contribuyen a conformarla. Sin perjuicio de ello, la ley 13.064 de obras públicas dispone en su artículo 1° que obra pública nacional es toda construcción, trabajo o servicio de industrias que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por sus disposiciones.

En virtud de lo expuesto podemos decir que "obra pública" es "todo bien, inmueble o mueble, u objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo público, realizado por cuenta de una persona pública estatal, con el propósito de obtener, en forma directa e inmediata, el logro o la satisfacción de un interés público".

2. Los sistemas de contratación y ejecución de las obras públicas. Remisión

La doctrina distingue entre los sistemas de ejecución y los sistemas de contratación de las obras públicas³. En cuanto a los sistemas de ejecución, las obras públicas pueden ser llevadas a cabo mediante dos maneras distintas, la primera es aquella modalidad en la que los trabajos de los que resulta la obra pública son efectuados por la propia Administración; y la segunda es aquella en la que la Administración actúa indirectamente recurriendo a colaboración de terceros, que son quienes se hacen cargo del cumplimiento de los trabajos que darán lugar a la obra pública. Esa colaboración se obtiene por vía contractual, apareciendo así los contratos de obra pública y de concesión de obra pública, cuya diferencia radica esencialmente en que, mientras que en el contrato de obra pública el pago de ésta es efectuado directamente por el Estado, en la concesión de obra pública la obra es pagada por los usuarios, mediante distintos sistemas, como el peaje o la contribución de mejoras.

Por su parte, los sistemas de contratación son comunes a cualquiera de los procedimientos que permiten la selección del contratista. Estos sistemas se agrupan en los que tienen precio predeterminado en forma global (ajuste alzado), unidad de medida y de coste y de costas, como veremos a continuación.

a) Contratación por ajuste alzado

Este sistema se caracteriza porque se trata de una obra única, determinada en su totalidad y el cocontratante particular se obliga a realizarla por un precio, también único y global, que es inmutable, inmodificable.

Admite dos variantes: el ajuste alzado absoluto y el ajuste alzado relativo. El absoluto representa la condición inevitable de que el precio es pactado antes de la

realización de la obra y por un monto global, siendo, repetimos, invariable. El alzado relativo, por su parte, sería el caso en que habiéndose estipulado el precio global, el mismo sufra variaciones en aumento o rebaja proporcional según si los trabajos realmente ejecutados superan o no una cantidad evaluada en un presupuesto estimativo, en el cual se indica además la cantidad de trabajos, sus condiciones y modalidades, el valor estimado y detallado de los mismos.

b) Contratación por precios unitarios

Este sistema de unidad de medida se caracteriza esencialmente porque el precio a pagarse al contratista se establece sobre la base del precio unitario asignado en el contrato a cada parte, unidad, ítem o pieza de la obra que se está ejecutando.

En estos contratos se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar, calculando por ejemplo para la construcción de un edificio la medida de mampostería, revoque, hierro, etc., aplicándose precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra.

Cuando se cotiza el precio, por este sistema se entiende que el proponente se compromete a ejecutar, por los precios unitarios indicados, cada ítem de la obra consignado a la vez los importes parciales de éstos y el total de su propuesta. Se determinan los trabajos: movimiento de tierra, excavaciones, mampostería, estructuras de maderas, etc.; la unidad: m³; m² o m/lineal, global, por boca; la cantidad, precio unitario y precio total para cada trabajo, cuya suma será el total cotizado.

c) Contratación por coste y costas

Este sistema es aquel en el que la Administración debe pagar el valor de los materiales y de la mano de obra utilizados e incorporados a la obra, pagando, además, un porcentaje determinado sobre dichos valores, que corresponde al beneficio a que tiene derecho el cocontratante particular por su labor.

En este caso el empresario se compromete a realizar la obra, adquiriendo los materiales y poniendo la mano de obra para ello, con el posterior reintegro de tales gastos por parte de la Administración, reembolsos que pueden ser parciales, a medida que se va desarrollando la obra, con la adición de un porcentaje determinado sobre el valor de todos los trabajos ejecutados.

Este sistema requiere una correcta cuenta de los gastos y una precisa determinación del momento de los pagos y de la verificación de los costos actualizados.

³ Cfr. BEZZI, Osvaldo M., *El contrato de obra pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 11.

II. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Según vimos, el contrato de obra pública es el contrato administrativo que celebra la Administración Pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular⁴.

1. Los elementos del contrato de obra pública

a) Sujetos

En el contrato de obra pública una de las partes debe ser necesariamente el Estado u otra persona jurídica pública estatal. También deben ser considerados como contratos de obra pública los celebrados por otras personas, físicas o jurídicas —por ejemplo, concesionarios de servicios públicos—, si éstos efectuaren o llevaren a cabo obras públicas por cuenta del Estado o de una persona jurídica estatal, en la medida que obrare la respectiva habilitación a esos fines.

En general, las empresas y sociedades del Estado, cualquiera que sea la figura jurídica que adopten, no pueden, como sujeto administrativo, celebrar contratos de obra pública ya que son personas jurídicas que siendo públicas, no cumplen funciones del Estado sino comerciales e industriales. Sin embargo, recordemos que la CSJN en la causa “La Buenos Aires, Compañía de Seguros”⁵, sentó la idea amplia de la descentralización administrativa y, por consiguiente, de la personalidad jurídico público estatal, al incluir en ella a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

Asimismo, recordemos que en la causa “Schiratto” la Corte Suprema consideró administrativo un contrato celebrado por una cooperadora escolar y un empresario particular, al entender que, en el caso, la cooperadora había actuado por delegación del Ministerio de Cultura y Educación⁶.

Puede ser cocontratante particular, a su vez, cualquier persona, de existencia visible o ideal, que cumpla las condiciones que la normativa impone a quienes deseen actuar como contratistas de obras públicas, entre ellas —por ejemplo— la de estar inscriptos en ciertos registros especiales para constructores de obras de esa clase, creados y habilitados a ese efecto.

⁴En este punto seguimos a COMADIRA, Julio R. - ESCOLA Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 925 y ss.

⁵“La Buenos Aires Compañía de Seguros”, Fallos 311:750 (1988).

⁶“Schiratto”, Fallos 304:490 (1982).

b) Objeto

El objeto del contrato administrativo de obra pública puede consistir tanto en una cosa inmueble, mueble o, incluso, en un objeto inmaterial. Es decir, se acepta que pueden ser objeto estos contratos en general, los “bienes”, en el sentido y con el alcance que dan a esta expresión los arts. 15 y 16 CCyC—antes el art. 2312 CC—.

c) Causa

Tienen aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en el capítulo de contratos administrativos, al cual remitimos.

d) Finalidad

La finalidad del contrato es obtener en forma directa e inmediata el logro o la satisfacción de un interés público que se obtiene mediante la concreción de la obra pública.

e) Forma

Los artículos 21 a 24 de la ley de obras públicas 13.064 se refieren a este requisito, señalando la firma del contrato como recaudo necesario para su perfeccionamiento. De todas maneras, el contrato de obra pública es consensual, por lo que se debe considerar concluido desde que se produce el acuerdo de voluntades entre las partes que concurren a celebrarlo.

2. Ejecución del contrato

Una vez formalizado el contrato de obra pública, el cocontratante debe presentar dentro del plazo contractualmente fijado, el plan de trabajos, en el que deberá prever el desarrollo y desenvolvimiento de las etapas de la ejecución de la obra. Dicho plan debe ser aprobado por la Administración.

El cocontratante debe solicitar a la Administración se fije día y hora para realizar el replanteo de las obras en el propio terreno en el que éstas se ejecutarán. Si el Estado no hiciese el replanteo en el plazo indicado en los pliegos, más un término de tolerancia de treinta días, entonces, el cocontratante tiene derecho a rescindir el contrato según lo prevé la ley de obra pública.

El replanteo es el acto por el cual, luego de celebrado el contrato, se revisa el proyecto y su conformidad con las circunstancias presentes, es decir, las tareas de comprobación geométrica de la obra.

Para ello, las partes se reúnen en el propio terreno, revisan el proyecto y los planos, realizan tareas de deslinde, amojonamiento, entre otras y, analizan si hay que

efectuar o no alguna modificación al proyecto. Posteriormente se labra el acta respectiva.

La iniciación de los trabajos constituye un acto de importancia ya que es a partir de ese momento que las obligaciones y los derechos de ambas partes se ponen en marcha y que comienza a contarse el plazo de ejecución de obra.

a) Continuidad en la ejecución

Una vez iniciada la ejecución de una obra pública, es deber del cocontratante particular continuar los trabajos siguiendo el ritmo del plan y cronograma de obra aprobados por la Administración, sin que pueda suspenderse, salvo aquellos casos en que se produzcan situaciones que justifiquen esas suspensiones, en virtud de la ley o del contrato.

Si el cocontratante, indebidamente o injustificadamente, suspende o interrumpe la ejecución de la obra, incurre en una conducta contractual, que dará lugar a que la Administración Pública haga uso de los medios previstos para esa ejecución.

A medida que avanza la ejecución de las obras, la Administración debe certificar los trabajos realizados y, como consecuencia de ello, abonar la parte ejecutada según esté previsto en el contrato y los pliegos. Dada la importancia de la certificación de los trabajos realizados y su íntima relación con el precio en la obra pública, más adelante al tratar el tema del precio nos referiremos a algunos aspectos relativos a los certificados de obra.

b) Dirección y control

En virtud de la facultad de dirección hay una vinculación permanente entre la Administración y su cocontratante, y se manifiesta mediante las llamadas "órdenes de servicio", que no son otra cosa que actos mandatarios que la Administración dirige al cocontratante.

El cocontratante debe cumplir estrictamente las órdenes de servicio que se le impartan, y ese cumplimiento lo releva de responsabilidad por el resultado de los trabajos así ejecutados. Éste, a su vez, puede vincularse con la Administración mediante "notas de pedido" en el marco de las cuales realiza las peticiones, observaciones o reparos, etc. que estime necesarias.

La potestad de control comprende un poder general de vigilancia sobre lugares, cosas y personas afectados o relacionados con los trabajos y sobre estos mismos, verificando su correcta y adecuada realización.

c) Mutabilidad

La Administración puede efectuar, por su sola voluntad, modificaciones y alteraciones en el contrato, las que son, en principio y dentro de ciertos límites, obliga-

torias para el cocontratante, quien debe cumplirlas en la forma en que le hayan sido ordenadas. También es común que se le reconozca al contratista la posibilidad de que introduzca ciertas variaciones o adiciones en la obra, cuando ellas son indispensables y debe hacerlo del modo previsto en el contrato.

Si tales variaciones y adiciones han sido autorizadas por la Administración, no existirá problema alguno para su cumplimiento y su debida compensación. Pero si el contratista las ha llevado a cabo espontáneamente, es menester que la Administración declare la conveniencia de la recepción, y sólo entonces el cocontratante tendrá derecho a que se le compensen, dentro de las fórmulas contractuales.

Cabe considerar trabajos necesarios aquéllos que no figuraran en el contrato, pero resultan indispensables en el curso de la ejecución de la obra; y trabajos útiles aquéllos que, sin ser necesarios, procuran un mayor provecho para la Administración, beneficiándola realmente.

El principio de mutabilidad no es absoluto, sino que está restringido a los límites fijados por la ley, por el contrato mismo o la voluntad presunta de las partes. Si el contratista acepta efectuar trabajos que van más allá del límite debido ("obras imprevistas"), los trabajos así cumplidos serán pagados sobre la base de un precio especial fijado por las partes para ese caso.

La Corte Suprema ha resuelto en la causa "Stamei"⁷ que los arts. 30⁸, 37⁹, y 38¹⁰, de la ley 13.064 tienden a cumplir el amplio margen de variaciones que puede experimentar un proyecto de una misma obra pública, pero no fuera de ella.

⁷ "Stamei SRL", Fallos 310:2278 (1987).

⁸ Art. 30. "Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado".

⁹ Art. 37. "El contratista no podrá, bajo pretexto de error u omisión de su parte, reclamar aumento de los precios fijados en el contrato. Las equivocaciones del presupuesto, en cuanto a extensión o valor de las obras, se corregirán en cualquier tiempo hasta la terminación del contrato. En estos casos el contratista tendrá el derecho que le acuerdan los artículos 38 y 53".

¹⁰ Art. 38. "Si en el contrato de obras públicas celebrado, la administración hubiera fijado precios unitarios y las modificaciones o errores a que se refieren los artículos 30 y 37 importasen en algún ítem un aumento o disminución superiores a un 20% del importe del mismo, la administración o el contratista tendrá derecho que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo. En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, sólo se aplicará a la cantidad de trabajo que exceda de la que para este ítem figura en el presupuesto oficial de la obra. Si no se lograra acuerdo entre los contratantes la administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o los excedentes del que se ha aumentado, se lleven a cabo directamente o por nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista. La supresión total de un ítem, sólo dará al contratista el derecho que le confiere el artículo 53".

d) *Potestad rescisoria*

Son de aplicación los principios generales expuestos en la parte correspondiente del capítulo de contrato administrativo al cual remitimos. Cabe agregar que el Máximo Tribunal tiene resuelto que al no prever la ley 13.064 la rescisión del contrato por la Administración sin culpa del contratista, era aplicable supletoriamente el art. 1638 del CC—ahora los arts. 1261, 1262 y 1256 CCyC—, el que, después de la reforma 17.711, otorgaba a los jueces, cuando el dueño de la obra desiste unilateralmente de ella, la facultad de reducir equitativamente la utilidad a reconocer si su aplicación estricta conduce a una notoria injusticia. Siendo así, no procede, entonces, según el Alto Tribunal, aplicar ciegamente la noción de reparación plena, cuando ello conduce a situaciones abusivas, tales como la de locador que no ha sufrido perjuicio o lo ha padecido en menor medida que aquella que se desprendería de una mera aplicación mecánica de la idea de daño indirecto o utilidad no alcanzada¹¹.

e) *Potestad sancionatoria*

La potestad sancionatoria, a la que se le aplican los principios generales expuestos sobre esta materia en el capítulo precedente, aparece muy amplia y se regula especialmente en la normativa contractual pues procura, efectivamente, lograr el efectivo cumplimiento de la obra pública.

Las sanciones pecuniarias no deben ser impuestas perdiendo de vista que su objeto es asegurar el cumplimiento del contrato, y no generar un crédito a favor de la Administración.

Las sanciones rescisorias, siendo las más graves de todas, quedan reservadas por faltas especialmente gravosas, y se deberá echar mano de ellas cuando ya no exista otro medio de alcanzar la normal ejecución de las obligaciones contractuales del cocontratante.

3. Derechos y obligaciones de la Administración Pública

a) *El derecho a exigir la debida ejecución de la obra*

El contratista está obligado a conocer y cumplir sin omisiones todas las cláusulas del contrato, a su vez no puede ceder ni transferir su contrato, ni tampoco efectuar subcontrataciones, si no media, en cada caso, una autorización expresa de la Administración, que la concederá sobre la base de que no perjudiquen la regular ejecución de las obras.

¹¹ "Ruiz Orrico", Fallos 316:1025 (1993).

En los contratos de obra pública se prevé generalmente la constitución de un "fondo de reparos de obra", cuya finalidad es permitir a la Administración resarcirse de los daños, defectos e impensas eventuales de la obra. Este fondo se integra con determinados porcentajes (5% a 10%) de los importes que deban abonarse al cocontratista y que se retienen de los certificados de obra. El fondo de reparo—o el saldo que hubiere del mismo—se reintegra al cocontratista momento de la entrega definitiva de la obra. Este depósito puede ser sustituido por otra garantía si así se permite en los pliegos respectivos.

b) *El derecho a exigir la ejecución de la obra en término*

El elemento tiempo es esencial en este contrato administrativo pues se establece un plazo general para la ejecución de la obra, un plazo para su iniciación, diferentes plazos para la realización de las etapas parciales y de un plazo para su conclusión. Todos esos plazos pueden ser objeto de prórroga, ya sea por mediar acuerdo de partes, ya sea por configurarse circunstancias que jurídicamente dan lugar a ellas.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado sin embargo que el otorgamiento permanente por parte de las autoridades del contrato de prórrogas de los plazos no es base suficiente para generar una obligación a cargo de la Administración Pública de continuar procediendo de la misma manera¹².

c) *Causas eximentes de la responsabilidad por la inexecución en término*

En el contrato se insertan cláusulas que sirven para ampliar o restringir, según los casos, los supuestos en que legal o doctrinalmente se entiende que existe un supuesto de fuerza mayor o un hecho de la Administración que puedan influir en el cumplimiento en término de las obligaciones que el contrato impone al cocontratante particular, así como para asignarles efectos, condiciones o requisitos especiales, diferentes de los comunes.

4. Derechos y obligaciones del cocontratante particular

Hay dos categorías de derechos: a) aquéllos que le dan la facultad de exigir determinadas actitudes, acciones o cosas de la administración y b) aquéllos que le permiten no hacer determinadas cosas o hacerlas de manera diferente.

Debe tenerse en cuenta que la obra pública aparece muy nítido el carácter de colaborador del cocontratante, lo cual influye sobre sus derechos y obligaciones. En tal sentido, la Corte Suprema tiene decidido que la magnitud de toda obra pública y

¹² "Paz, Valentín", Fallos 323:1332 (2000).

los intereses que hay en juego en ellas le imponen al cocontratante actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pueda incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar ("Astilleros Costaguta"¹³, "Dos Arroyos"¹⁴, entre otros).

a) A que la Administración Pública cumpla con sus obligaciones

El cocontratante particular tiene derecho de exigir que la Administración Pública cumpla de buena fe con todas las obligaciones que el contrato de obra pública pone a su cargo. La Administración, asimismo, debe abstenerse de adoptar medidas que perjudiquen la ejecución de la obra.

El incumplimiento de la Administración puede causar la adopción de diversas medidas a su respecto, que van desde la justificación de demoras o retardos hasta el pago de intereses o el de las indemnizaciones que sean procedentes, pudiendo llegar, incluso, a la rescisión del contrato, cuando ese incumplimiento llevara a una situación de perjuicio irreversible, que impidiera o tornara razonablemente imposible el cumplimiento final del contrato.

b) A percibir el precio

Es la obligación principal que pesa sobre la Administración Pública, correlativo derecho del cocontratante particular.

La forma cómo se determina y calcula el precio debe estar prevista en el contrato, y los pliegos de condiciones generales y particulares precisarán las condiciones de ese pago y el modo de cómo tendría lugar. Al respecto, recordemos que el precio de una obra pública puede ser establecido de diferentes maneras, reconociéndose la existencia de tres sistemas tradicionales, reflejados en las legislaciones vigentes, a saber (i) ajuste alzado, (ii) unidad de medida y (iii) coste y costas.

El Máximo Tribunal nacional se ha expresado en el sentido de que en los contratos de obra pública el plazo de pago es a favor de la comitente, reducirlo y pactar plazos de pago inferiores a los legales, no pudiendo, después, desconocer tal obligación¹⁵.

La Administración debe pagar el precio, con más los agregados que sean procedentes, resultantes de trabajos imprevistos, necesarios o útiles, etc., en la forma y el tiempo establecidos en el contrato, y el debe hacerlo con puntualidad, y las sumas

que se paguen por este concepto al cocontratante particular gozan del privilegio de estar exentas de embargos judiciales, excepto cuando los acreedores sean obreros empleados en la ejecución de la obra o personas a quienes se deban trabajos, servicios o materiales utilizados en ella.

Según la Corte Suprema, la remuneración a la que el contratista tiene derecho, no sólo se compone de los precios estipulados al inicio de la relación, más los mayores costos de la ley 12.910, sino también con las diferencias correspondientes a la aplicación de los correctores establecidos para subsanar los desfases producidos por la aparición de circunstancias no contempladas en las ofertas¹⁶. El Alto Tribunal también ha decidido que la oferta más la cláusula de reajuste constituye el precio del trabajo, el que, pactado de tal forma, representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17, CN¹⁷. En relación con el régimen de mayores costos establecido por la ley 12.910 (a la que la Corte asignó carácter complementario de la ley 13.064¹⁸), también resolvió que él no significa que la mera irrepresentatividad de las fórmulas convenidas determinará, sin más, el reajuste de la remuneración del contratista, pues una adecuada hermenéutica de las normas citadas conduce a admitir sólo la recomposición de aquellos desfases que, además de desquiciar la economía general del contrato, derivan de acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles al tiempo de la firma del acuerdo¹⁹.

c) Los certificados de obra. Concepto. Clases. Efectos

Dada la importancia de la certificación de los trabajos realizados y su íntima relación con el precio en la obra pública, conviene detenemos en repasar algunos aspectos relativos a los certificados de obra.

En general se ha definido el certificado de obra pública como una declaración del comitente sobre una relación de derecho público (contrato de obra pública) que tiene por objeto reconocer un crédito a favor del contratista²⁰.

Se trata de un acto administrativo dictado por el Estado contratante con efectos individuales y directos en relación al contratista. Es el reconocimiento de deuda del Estado a favor del contratista, luego de realizadas las mediciones y verificaciones correspondientes. El importe allí establecido reviste el carácter de suma cierta, líquida y exigible, supone que no hay obstáculos para su pago (cfr. art. 36 ley de obras públicas).

¹³ "Astilleros Costaguta", Fallos 315:890 (1992).

¹⁴ "Dos Arroyos SCA", Fallos 316:2044 (1993).

¹⁵ "Hidronor", Fallos 314:1423 (1991).

¹⁶ "Vicente Robles", Fallos 311/1181 (1988).

¹⁷ "Marocco", Fallos 312/84 (1989).

¹⁸ "Sigma Construcciones SRL", Fallos 312/1938 (1989).

¹⁹ "Calderas Salcor Caren SA", Fallos 319/2037 (1996).

²⁰ Cfr. BEZZI, Osvaldo M., ob. cit., ps. 172 y ss.

Los certificados se encuentran acompañados en general del “ejemplar negociable” que es la copia del certificado y que se entrega para que el contratista pueda descontarlo en el mercado financiero o transmitirlo mediante cesión, prenda o cualquier otro medio.

Se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia si se trata o no de un título ejecutivo, prevaleciendo la postura que señala que el crédito resultante del certificado no puede ser exigido judicialmente por el contratista por el proceso judicial ejecutivo²¹. Sin embargo, la Corte Suprema le dio ese carácter en la causa “Mandataria de Negocios S.A.”²², teniendo en cuenta el procedimiento de cancelación de los certificados previstos en tal caso.

Las características del certificado son las siguientes:

(i) El certificado es provisorio pues no tiene efectos cancelatorios en los términos del art. 865 del CCyC—antes los arts. 724 y 725 del CC—y, en consecuencia, están sujetos a las rectificaciones y variaciones hasta el tiempo de medición final de los trabajos al momento de la recepción de la obra.

(ii) El carácter a cuenta. Como consecuencia de lo anterior, las sumas liquidadas en cada certificado son “a cuenta” de lo que en más o menos surja del acto de liquidación final del cierre de cuentas al momento de la recepción definitiva de la obra.

(iii) Las reservas. Se dice que no es necesario, en principio, realizar reservas por diferencias o reclamos, salvo que la normativa lo exija. Ello como consecuencia de la provisoriedad apuntada. Sin embargo, es frecuente que estas reservas sean igualmente realizadas por los concontratantes.

(iv) El caso de las reservas por intereses por mora es uno de los aspectos más discutidos ya que el artículo 624 del CC disponía que “*el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna de los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ello*”. Esta norma no se reproduce en el Código Civil y Comercial. Al respecto, la doctrina ha señalado como dijimos que no es necesario formular reservas en los certificados de obra dada su provisionalidad, salvo que las normas establezcan en términos expresos. Sin perjuicio de ello, se destaca que el reclamo por intereses debe hacerse durante el tiempo de ejecución de las obras y antes de la firma del certificado final de cierre de cuentas²³.

Las principales clases de certificados son las siguientes²⁴:

²¹ Para ampliar ver BARRA, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1986.

²² “Mandataria de Negocios S.A.”, Fallos 316:4053 (2003).

²³ Para ampliar, BALBIN, Carlos F., *Tratado...* ob.cit., ps. 405 y ss.

²⁴ BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 400 y ss.

(i) Los certificados de obra básica: es el certificado típico mediante el cual se certifica la medición y mensura de los trabajos realizados en un periodo determinado (p.ej. mensual), según el sistema de contratación implementado.

(ii) Los certificados de acopio mediante el cual se certifica la cantidad y calidad de materiales adquiridos por el cocontratante para incorporar en la obra. Una vez incorporados efectivamente a la obra, estos importes certificados se descuentan del certificado de obra.

(iii) Los certificados de anticipos. En ocasiones los pliegos prevén que debe adelantarse fondos al cocontratante para el inicio de los trabajos y mediante éste, se certifica ese anticipo de dinero.

(iv) Los certificados de redeterminación de precios. Es aquel mediante el cual se realizan la redeterminación provisorio y/o definitiva de los precios del contrato y deben elaborarse según las normas del contrato y legislación aplicable.

(v) Los certificados pueden clasificarse en parciales (si pueden ser modificados o revisados en el proceso certificatorio) y los definitivos (que no poseen esa posibilidad).

El certificado final y definitivo es el que concluye el contrato y tiene relevantes consecuencias económicas y jurídicas. Esta certificación contiene la liquidación final que extingue el contrato de obra pública, por lo que se realiza en forma concomitante o posterior a la recepción definitiva de las obras, cerrándose las cuentas pendientes entre las partes. Se habla aquí del concepto “valor de cierre cero” pues ya no hay cuentas pendientes entre las partes, que ya no pueden reclamarse nada por este concepto salvo el caso de responsabilidad por vicios ocultos o ruina de la obra (cfr. arts. 1273, 1274, 1275 y 1277 CCyC—antes art. 1646, CC—).

Se trata de la instancia final del contrato por lo que, la falta de cualquier reserva en este certificado inhabilita el reclamo posterior al respecto.

Finalmente, resta referirse a sendas características de los certificados de obra, su impugnabilidad y transmisibilidad. En efecto, los certificados de obra pueden ser impugnados según el régimen de impugnación previsto en la documentación contractual y los pliegos. Si éstos no establecieran ninguna previsión, deber seguirse el procedimiento de impugnación de la LPA, pues el certificado de obra es un acto administrativo dictado en el marco de la ejecución del contrato.

Por otra parte, el certificado de obra es, al igual que otros títulos, transmisible. Los medios más usuales de transmisión son (i) la cesión de créditos en los términos del art. 1614 del CCyC—antes art. 1434 y ss. del CC—reparándose especialmente en la importancia de la notificación al deudor cedido (Estado comitente); (ii) el descuento bancario a través del cual el cocontratante transfiere el certificado a la entidad bancaria, descontándole el importe del mismo. De esta manera, el banco adelanta el monto consignado en el certificado, permitiendo la continuidad de la obra.

Luego el banco le cobra al Estado y (iii) la prenda del certificado ya que el certificado puede ser objeto de prenda en garantía de operaciones comerciales como el mutuo bancario, aplicándose entonces las normas del derecho común al respecto.

Los certificados deben ser abonados en los tiempos y modos que establezcan los documentos contractuales y pliegos de cada obra. Esta es la obligación más importante del Estado contratante como vimos y su incumplimiento es la que acarrea importantes conflictos en el marco de este contrato.

d) *A suspender la ejecución del contrato*

En cuanto al derecho del cocontratante particular a oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, ante el incumplimiento de la Administración Pública a sus obligaciones contractuales son muy limitadas tal como señalamos en el capítulo referido a los contratos administrativos, al cual remitimos en este aspecto.

e) *A requerir la rescisión del contrato*

El cocontratante particular tiene el derecho de solicitar la rescisión del contrato de obra pública en los casos previstos por la legislación específica vigente, en el propio contrato o que estén reconocidos por los principios generales del derecho administrativo.

Cuando se produzca cualquiera de esos casos, el contratista debe requerir la rescisión ante la autoridad judicial correspondiente, quedando a su cargo, hasta tanto sea pronunciada, el cumplimiento regular de las prestaciones a que esté contractualmente obligado, salvo cuando corresponda su suspensión o paralización.

Una vez pronunciada judicialmente, la rescisión producirá la extinción del contrato y además podrá originar el derecho del contratista al pago de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Finalmente y en relación al derecho a ser resarcido por la extinción del contrato, son de directa aplicación, en esta materia, los principios generales expuestos en la parte pertinente del capítulo anterior, lugar al cual nos remitimos.

f) *Al mantenimiento de la ecuación económico financiera*

El cocontratante particular tiene derecho a que el Estado le compense los deterioros que sufra en su situación económico financiera y que se deriven de las llamadas áleas administrativas y económicas, las cuales configuran, respectivamente, situaciones que son contempladas y resueltas, en sus efectos, por las teorías del hecho del príncipe y de la imprevisión, tal como analizamos en el capítulo correspondiente a los contratos administrativos, al cual remitimos.

5. Conclusión del contrato

El contrato de obra pública puede concluir por cualquiera de los medios en los que concluyen los contratos administrativos, ya sean normales o anormales. Estas causales de terminación presentan aquí, sin embargo, ciertas particularidades como veremos a continuación.

La conclusión normal del contrato de obra pública se produce por el cumplimiento de su objeto, es decir, por la realización o ejecución completa de la obra pública, en todos sus aspectos. Esta conclusión tiene lugar cuando se ha llevado a cabo la recepción de la obra por la Administración Pública y su correlativo pago al contratante.

La recepción de una obra pública se cumple en dos etapas diferentes: en primer lugar, la llamada "recepción provisional", posteriormente la "recepción definitiva". La recepción provisoria es una comprobación hecha inmediatamente después de la conclusión de los trabajos, en la que las partes hacen constar el estado de la obra y cualquier otra observación relacionada con ella, y cuyo efecto esencial es hacer correr el plazo de garantía en el contrato. La recepción definitiva es el acto por el cual la Administración toma la obra ejecutada por el cocontratante definitivamente. A su vez, estas recepciones pueden ser "parciales", cuando están referidas a una parte o partes de la obra; o "total", cuando está referida a la obra en su integridad—.

En el periodo entre ambas —recepciones provisional y definitiva—, rige un período de garantía razón por la cual el contratista es el responsable por la conservación y reparación de las obras, salvo los defectos que sean consecuencia del uso indebido de éstas. Una vez vencido el plazo de garantía y recibida la obra con alcance definitivo y sin objeciones del Estado, el cocontratante se exime de responsabilidad, salvo por los vicios ocultos de la construcción de las obras²⁵.

Por su parte, aunque el contrato prevea un plazo dentro del cual la obra debe ser terminada, no es el vencimiento de ese plazo el que produce la conclusión del contrato, sino la obtención de la obra, debidamente realizada. El cumplimiento del plazo de ejecución, en cambio, puede tener otros efectos, si la obra no ha sido terminada dentro de él, como la imposición de multas por retardos u otras sanciones, aún más graves, que aplicará la Administración en ejercicio de su potestad sancionatoria.

En cuanto a la rescisión debida a fuerza mayor, hecho de la Administración o hecho del príncipe, remitimos a lo expuesto en esta materia en la parte pertinente del capítulo de contratos administrativos. Cabe agregar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la PTN tienen dicho que el art. 39 de la ley de obras públicas, es un régimen de excepción y, por tanto, debe ser interpretado en forma restrictiva²⁶. Según

²⁵ En este punto seguimos a BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 591.

²⁶ PTN, Dictámenes 217:115 y sus citas; "Beltrán Velázquez", Fallos 255:119; (1963), "Arancibia Clavel" Fallos 302:973 (1980) (citados en el mencionado asesoramiento).

el Alto Tribunal, en la causa "Chediak"²⁷, al establecer el art. 39 de ley 13.064, un régimen de excepción, modificadorio de los principios del derecho común, él debe ser interpretado en forma restrictiva, pues a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en el caso fortuito o la fuerza mayor implican una situación jurídica en la que, a pesar de mediar inejecución, el deudor queda exento de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, en el contrato de obra pública se otorga al contratista estatal, además, el derecho a ser indemnizado.

En cuanto a la imposición de sanciones rescisorias por la Administración Pública tienen directa aplicación, los principios generales expuestos, sobre este punto, en el capítulo precedente.

Ahora bien, la rescisión a cargo y riesgo del cocontratante particular debe estar especialmente pactada en el contrato respectivo. Al respecto, la ley de obras públicas 13.064 contiene previsiones de este tipo, incluyendo entre supuestos que dan lugar a la rescisión, el fraude del contratista, su grave negligencia, la ejecución demorada de la obra encomendada, etc., fijando, correlativamente, los efectos de la rescisión dictada en tales casos (arts. 50 y 51).

La Corte Suprema señaló en el caso "Mengolini" que se configura la hipótesis de fraude prevista en el art. 50, inc a de la ley 13.064, que justifica la rescisión del contrato, si el contratista percibió indebidamente sumas de dinero por materiales no utilizados en la obra²⁸; la cláusula legal citada, al cobrar un porcentaje cuando conocía que las órdenes de compra no podían, en ese momento, considerarse colocadas, conforme era la condición establecida contractualmente y la omisión de informar esa la circunstancia a la Administración, pues el ocultamiento originó que obtuviese el pago indebido de esos fondos²⁹.

Particular importancia tiene la rescisión debida al ejercicio de la potestad modificatoria pues la ley de obras públicas 13.064 establece que el contratista tendrá derecho a rescindir su contrato cuando la Administración disponga modificaciones que alteren el valor de las obras contratadas en un 20%, en más o en menos. Si el contratista optara por la rescisión del contrato, deberá ser integralmente indemnizado, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En esta materia de muerte o quiebra del cocontratante particular son aplicables los principios generales expuestos en el capítulo precedente, debiéndose recordar que cierta parte de la doctrina coincide en que las garantías procedimentales que la ley impone a la Administración para la elección de su cocontratante demuestran que el contrato administrativo se concluye *intuitu personae*, de modo que la muerte o la quiebra de aquél son causales de rescisión.

En cuanto a la nulidad del contrato, la Corte Suprema en la ya citada causa "Stamei", rechazó el reclamo indemnizatorio sustentado en los arts. 39, 53 y concs., ley 13.064, si la empresa contratista asumió conscientemente el riesgo de la posterior declaración de nulidad, pues concurrió sin reserva alguna y sin que su voluntad estuviera afectada por vicio alguno de su especialización en la materia, de las normas que rigen tales contrataciones³⁰.

6. La resolución de conflictos

Se han establecido tradicionalmente dos sistemas para resolver los conflictos suscitados en el marco del contrato de obra pública, previendo, en primer lugar, que tales conflictos pueden resolverse tanto en sede administrativa, mediante el planteamiento de los recursos administrativos que sean admisibles, como en sede judicial, donde pueden deducirse las acciones previstas en los códigos de procedimiento aplicables.

Con referencia a la vía judicial es mayoritaria la opinión de quienes sostienen que las acciones de ese carácter deben plantearse en la jurisdicción contencioso administrativa o, en su defecto, en la que tenga especialmente asignada esa competencia.

Por otra parte, la aplicación de la jurisdicción arbitral en el marco de este contrato siempre ha merecido la atención de la doctrina y jurisprudencia. En efecto, la Corte tradicionalmente había considerado que contra las decisiones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación (creado por el dec. 11.511/1947, reglamentario del art. 7º, ley 12.910, y disuelto por el dec. 1349/2001) no cabía recurso judicial alguno³¹.

No obstante, es conveniente tener presente en especial la disidencia de los Dres. Fayt y Petracchi en la causa "Meller"³², para quienes aquel tribunal no constituía un verdadero tribunal arbitral, sino un tribunal administrativo dotado de facultades jurisdiccionales, pues no se cumplían, a su respecto, las premisas fundamentales del juicio arbitral, esto es, la libre elección de los jueces —prevista sólo para el contratista— y su imparcialidad —dos de tres miembros eran funcionarios públicos—. Por ello, sus decisiones debían estar sujetas al control judicial propio de las adoptadas por órganos administrativos de esa condición.

²⁷ "Chediak SA", Fallos 319:1681 (1996).

²⁸ "Mengolini", Fallos 306:1290 (1984).

²⁹ "Astilleros Costaguta SA", Fallos 315:890 (1992).

³⁰ "Stamei SRL", Fallos 310:2278 (1987).

³¹ "Servent y Magliola", Fallos 252:109 (1962); "Kinbaum Ferrobeton", Fallos 261:27 (1965); "Pirelli Cables", Fallos 322:298 (1999); "Aion SA", Fallos 322:298 (2000); "Meller", Fallos 325:2893 (2002).

³² "Meller Comunicaciones Saute", Fallos 325:2893 (2002).

III. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

1. Concepto

La concesión de obra pública ha sido definida como el acto por el cual la Administración encomienda a una persona la construcción de una obra pública y la facultad temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el coste de aquella. Dos elementos esenciales integran esta definición: a) construcción de una obra pública; b) financiación a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje. El segundo elemento distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio³³.

La diferencia sustancial con el contrato de obra pública es que el pago no lo realiza directamente el Estado (propietario de las obras), sino ciertos particulares en virtud del uso de las obras cuya explotación corresponde al concesionario³⁴.

Como veremos más adelante, las formas en que se instrumenta dicho pago son el peaje y la contribución de mejoras. La ley 17.520 admite también la posibilidad de que se realicen subvenciones estatales (art. 2º, inc. c, ley 17.520).

Esta ley 17.520 dictada en el año 1967 facultó al Poder Ejecutivo a otorgar concesiones de obra pública "a sociedades privadas o mixtas, o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje" por tiempo determinado.

La ley dispone también que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario.

La ley no establece mayores detalles sobre los términos en que deben relacionarse la obra concesionada y las otras obras, limitándose a exigir una vinculación "física, técnica o de otra naturaleza". Los casos en que las obras se encuentren relacionadas materialmente no parecen ofrecer mayores dificultades. En cuanto al supuesto de vinculación técnica, se ha dicho que ello es así cuando las obras se entrelazan constituyendo un mismo sistema³⁵. Si bien la ley admite la posibilidad de que

entre la obra preexistente y el proyecto a financiar exista una vinculación "de otra naturaleza", es indudable que debe existir un vínculo razonable entre estas obras.

2. Las potestades del concesionario respecto de los usuarios³⁶

El aspecto que nos interesa analizar aquí es el poder de ordenación y regulación de los concesionarios de las obras. Tomemos un caso puntual como por ejemplo, las concesiones de los corredores viales a nivel nacional.

La concesión, construcción y mantenimiento de rutas nacionales se encuentran a cargo de la Dirección Nacional de Vialidad (DNV), a partir de la decisión del gobierno mediante Decreto 1020/2009 (30/07/09), de transformar el Órgano de Control de Concesiones Viales (Occovi) en un organismo desconcentrado, que actúe en el ámbito de la DNV.

Al respecto, recordemos que el decreto 87/01 había creado el Órgano de Control de las Concesiones Viales (OCCOVI), cuyas funciones son absorbidas por la DNV.

Por otra parte, cabe señalar que el poder de ordenación y regulación sobre las rutas interprovinciales e internacionales, en particular el tránsito y su control, es claramente federal³⁷. Así, la Ley de Tránsito (ley 24.449) reconoce a la Gendarmería Nacional las funciones de prevención y control del tránsito en las rutas nacionales y otros espacios del dominio público nacional.

Un caso peculiar es el poder expropiador del concesionario. Ciertamente es que éste puede actuar como sujeto expropiante en los términos de la Ley 21.499, en cuyo caso debe estar habilitado previamente por la Autoridad de Aplicación según las pautas fijadas por la ley que autorice la expropiación. Pero vayamos sobre los otros aspectos (regulación y control).

Las concesionarias tienen obligaciones de cooperación con el Estado concedente en el control del tránsito. Por caso, el art. 7º, inc. k del decreto 1994/93 (Marco Regulador de la Concesión de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires), incluye entre los deberes y atribuciones de aquellas, "sancionar las infracciones que cometen los usuarios y requerir el auxilio del Órgano de Control cuando fuera necesario, conforme lo que se establezca en el Contrato y en el Régimen de Infracciones y sanciones [...]"³⁸.

³³ SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, N° 559, Montevideo, 1959.

³⁴ MARIENHOFF explica que "la concesión de obra pública constituye un contrato —de derecho público, desde luego— entre el Estado y un tercero (administrado, generalmente), donde éste se obliga a realizar una obra (trabajo público), cuyo pago no le será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados" (cfr. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 538).

³⁵ BARRA, Rodolfo, *La concesión de obra pública*, Prudentia Iuris N° XXIII, enero-junio 1990, p. 23.

³⁶ En este punto seguimos a BALDÍN, Carlos F., ob. cit., ps. 639 y ss.

³⁷ Es del caso señalar que la Procuración de la Nación ha advertido que para que una ruta se considere sujeta a la jurisdicción nacional, no basta con que mediante sucesivas conexiones de caminos locales pueda servir o sirva de hecho al tráfico o tránsito interprovincial o internacional, sino que es menester que forme parte de una red troncal, es decir que integre un "sistema" (Dictámenes 209:212).

³⁸ Ver normativa citada mediante la cual se crea el Órgano de Control de las Concesiones Viales (OCCOVI).

El concesionario debe producir la información necesaria para el control de velocidad y la operación del control de pesos y dimensiones de los vehículos de transporte de carga.

Más allá de estas previsiones, el contrato de concesión correspondiente a los corredores viales³⁹ establece en términos expresos que “la Concesionaria no asume la obligación de ejercer las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito en el corredor vial, las que serán ejercidas por la Gendarmería Nacional, de conformidad con la ley 24.449, modificada por la ley 26.363, el decreto 516/07, y no está obligada a responder por sus consecuencias. No obstante, ante la ausencia de agentes públicos que lleven a cabo dicha actividad, la Concesionaria adoptará las medidas preventivas necesarias para el ordenamiento del tránsito y la circulación, debiendo formular de inmediato, según el caso, las denuncias pertinentes ante la autoridad competente, así como requerir su inmediata presencia.

Cabe finalmente advertir que la falta de poder de los concesionarios de ordenar el tránsito es interpretado por algunos autores como argumento a favor de la exclusión de su responsabilidad por los accidentes ocurridos en las rutas concesionadas⁴⁰. Sin embargo, la Corte Suprema ha responsabilizado a los concesionarios por el incumplimiento de sus obligaciones y no por el cumplimiento irregular de las funciones presuntamente delegadas por el Estado. En tal sentido se pronunció la Corte en los precedentes “Ferreyra”⁴¹ y “Bianchi”⁴², tal como hemos visto en el contrato de concesión de servicios públicos al cual remitimos.

3. El régimen normativo aplicable

El contrato de concesión de obra pública se encuentra regulado básicamente por la ley 17.520, con las modificaciones introducidas por los artículos 57 y 58 de la ley de reforma del Estado (ley 23.696). Dichos artículos fueron reglamentados, a su vez, por el decreto 1105/89⁴³.

Asimismo, resulta aplicable el régimen general de las contrataciones (decreto 1023/01), toda vez que el contrato de concesión de obra pública se encuentra expresamente alcanzado (artículo 4°, inciso b). Finalmente, cabe recurrir a los trata-

³⁹ Ver punto 10.7. del Contrato de Concesión de Obra Pública de corredores viales nacionales (decreto 1615/08 y res. 1095/08 del ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios).

⁴⁰ Cfr. LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, *Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación. El rol de los concesionarios viales*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 71; citado por FLORIÁN, Pablo, *Concesión de obra pública*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 40.

⁴¹ “Ferreyra”, Fallos 329:646 (2006).

⁴² “Bianchi I.”, Fallos 329:4944 (2006).

⁴³ Julio César CRIVELLI y Susana E. VEGA realizan un compendio de la normativa que rige a nivel nacional por este tema en “Digesto. Régimen Legal de las obras públicas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (RAP), Buenos Aires, 2009.

dos internacionales y demás normas estudiadas en el marco de la teoría general de los contratos; entre ellos, los Códigos Civil y de Comercio⁴⁴.

La ley 17.520 dispone que “en todos los casos deberán respetarse, en cuanto a la etapa de construcción, las normas legales establecidas para el contrato de obra pública en todo lo que sea pertinente”⁴⁵. Por lo tanto, las normas a las que se recurre en forma supletoria o analógica en materia de obras públicas también son aplicables en principio al contrato de concesión.

Es decir, debemos aplicar las leyes 17.520 y 13.064 y el decreto delegado 1023/01. Al respecto, cabe citar aquí el precedente “Arenera Libertador” en el cual la Corte Suprema interpretó que la ley 17.520 es complementaria de la ley 13.064.

En este aspecto, recordemos que el Máximo Tribunal se ha expedido sobre el vínculo entre el concesionario y el usuario principalmente en el marco de los daños sufridos en los corredores viales (en muchos casos, ocasionados por animales sueltos) adoptando criterios algo disímiles. En tal sentido y tal como hemos analizado, la Corte construyó ciertos precedentes (ej. “Ferreyra” y “Bianchi”) considerando un vínculo de naturaleza contractual entre el concesionario y usuario.

4. Los aspectos económico-financieros del contrato de concesión de obra pública

a) La estructura económico financiera del contrato

La estructura económico financiera de este contrato es sumamente compleja en el sentido de que las obras e infraestructuras públicas suelen requerir significativas inversiones, cuya financiación y recupero resulta en la mayoría de los casos el principal aspecto a considerar para viabilizar estos emprendimientos. Por esa razón en los apartados siguientes analizaremos distintas figuras jurídicas creadas con el fin de viabilizar este tipo de proyectos y obras públicas.

La ley 23.696 establece que en todos los casos deberá asegurarse “que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión” (art. 57). A su vez, con el propósito de establecer si existe ese nexo razonable, debe analizarse la estructura económico financiera del contrato que puntualmente exprese la tasa de retorno de la inversión a realizar (art. 57, decreto 1105/89).

⁴⁴ Cabe mencionar, además, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Ley Ética Pública 25.188, etcétera.

⁴⁵ Por ejemplo, el decreto 1295/02 sobre redeterminación de precios de los contratos de obra pública excluye expresamente a los contratos de concesión de obra pública (art. 2°, *in fine*).

Por su parte, la ley 17.520 (art. 3º) dice que, a efectos de definir la modalidad de la concesión (onerosa, gratuita o subvencionada por el Estado), el Poder Ejecutivo debe considerar las siguientes pautas, (a) que el nivel medio de las tarifas no exceda al valor económico medio del servicio ofrecido y (b) la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo y los intereses, el beneficio y los gastos de conservación y explotación.

Además, si la concesión fuese gratuita o subvencionada por el Estado, debe precisarse cuáles son las obligaciones de reinversión del concesionario y participación del Estado en el supuesto de que los ingresos resulten superiores a los previstos⁴⁶.

b) La posibilidad de cambio de la modalidad de la concesión

También se ha desarrollado la idea de que en caso de gratuidad de la concesión el contrato establezca el número de usuarios y que si registrase una cantidad menor, el concedente pague una subvención igual al monto que resulte de tales diferencias. A su vez, si se registrase un número mayor, el concesionario debe pagar el canon equivalente⁴⁷.

En efecto, es posible admitir cambios en la modalidad de la concesión en función de la evolución económica del contrato, aunque ello no necesariamente supone que el Estado garantice una determinada rentabilidad a la concesionaria.

En este sentido, el modelo de contrato para las concesiones de los corredores viales nacionales cuya licitación se dispuso por medio del decreto 1615/08, prevé expresamente que “la Concesionaria acepta el cambio de modalidad de la Concesión si tal circunstancia se tornara necesaria por la aplicación de los ajustes de canon o subvención previstos por el procedimiento de revisión de la rentabilidad estipulado por el capítulo VII del Pliego de Especificaciones técnicas generales. El cambio de modalidad será aprobado por el Concedente”⁴⁸.

A su vez, en el Capítulo VII del Pliego de Especificaciones Técnicas Generales se dice que “el Postulante deberá adjuntar un esquema de ingresos y egresos que refleje a lo largo de todo el período de la Concesión, la viabilidad económico-finan-

ciera de su propuesta, denominado Plan Económico Financiero, según los requerimientos del Pliego Especificaciones Técnicas Particulares, con la condición de que la Tasa Interna de Retorno (TIR) no podrá superar el quince (15%) por ciento nominal anual [...]”⁴⁹.

Asimismo, en el marco del ejemplo dado, el Pliego señala que “el presente contrato es, a todos los efectos, un contrato de riesgo, en el cual el Estado Nacional no garantiza tránsito ni beneficios”⁵⁰. En el mismo sentido, “si los ingresos por peaje resultaran inferiores a los de la oferta, la concesionaria no tendrá derecho, en ningún caso, a reconocimiento alguno por la menor rentabilidad que dicha circunstancia pudiese generar”⁵¹.

c) El sistema del peaje

El peaje o “tarifa” es el precio que debe pagar el usuario por el uso de las obras públicas construidas, conservadas o explotadas por el concesionario e incluye los costos y la retribución o ganancia de éste. El precio puede ser destinado a esas obras o, en su caso, a otras accesorias o complementarias de aquéllas.

Por su parte, la Corte Suprema definió el peaje como la “contribución caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia con un proyecto de construcción, conservación o mejora que identifica con particularidad claridad”.

En efecto, la Corte se expidió sobre la *constitucionalidad del peaje* en el fallo ya citado “Estado Nacional c. Arenera Libertador”⁵². En este precedente, el Estado Nacional reclamaba el pago de derechos de peaje dispuestos por la ley 22.424 y las resoluciones 53/82 y 565/82 del Ministerio de Economía, correspondientes al uso del Canal “Ingeniero Emilio Mitre” por parte de buques de propiedad de Arenera El Libertador. La pretensión fue acogida en primera y segunda instancia (solo respecto de uno de los buques, cuya pertenencia a la demanda se juzgó acreditada). Ello motivó al recurso extraordinario de Arenera Libertador.

Un aspecto controvertido respecto del peaje es si se trata de una *contribución de naturaleza tributaria* o es simplemente el *precio* que paga el usuario por el uso de la obra. Como ya hemos visto, la Corte en el precedente “Arenera Libertador” encuadró el peaje como una contribución, dentro del género de los tributos⁵³. Aún

⁴⁶ En ese orden, el Pliego de Especificaciones Técnicas Generales (PETG) para las concesiones de corredores viales nacionales licitadas en el marco del decreto 1615/08, dispone que “A los fines del artículo 3º de la Ley Nº 17.520, en el caso de Concesiones subvencionadas, si el ingreso real derivado de un mayor tránsito supera el previsto en el Plan Económico Financiero presentado con la Oferta, el mayor ingreso producido por ese aumento de tránsito será destinado a una rebaja de la subvención o a la ejecución de obras o trabajos no previstos en el Corredor Vial concesionado, a criterio de la Autoridad de Aplicación” (art. 93.6).

⁴⁷ FANELLI EVANS, “El riesgo en la concesión de obra pública”, LL, 1992-C-1084.

⁴⁸ Clausula 8.4. Los documentos correspondientes a estas licitaciones encuentran disponibles en el sitio de la OCCOVI (www.occovi.gov.ar).

⁴⁹ Art. 93 del PETG.

⁵⁰ Ello, sin perjuicio de la revisión anual del plan económico financiero, para la cual se consideran, entre otros parámetros, el tránsito real verificado por el Órgano de Control (art. 93.7 del PETG).

⁵¹ Art. 93.7 del PETG.

⁵² “Arenera El Libertador”, Fallos: 314:595 (1991).

⁵³ La PTN también se ha sostenido que el peaje tiene naturaleza tributaria (Dictámenes 179:116; 245:264). Para BARRA, “El peaje no es el precio de la utilización de la obra, se encuentre ésta concedida o no. Es una tasa o contribución especial, según la interpretación que quiera dársele desde el punto de vista tributario, pero que, en cualquier caso, tiene como destino preciso el integrar exclusivamente

así, en esa oportunidad el Alto Tribunal advirtió que en los hechos, el peaje puede ser “sustancialmente similar al precio pagado por un servicio”, aunque, “no debe inducir al error de considerarlo desde un punto de vista meramente contractual”.

Posteriormente, en las ya citadas causas “Bianchi” y “Ferreyra”—entre otras—, la Corte Suprema le asignó al peaje, en cambio, el carácter de precio afirmando que “[...] el concepto por el cual el usuario abona la suma de dinero preestablecida (denominado peaje), a cambio de la prestación del servicio, reviste la entidad de un precio pues se encuentra gravado con el IVA. Es que la propia norma de derecho público (R.G. -D.G.I. - 3545/92) así lo define [...]”⁵⁴.

Como vemos, el carácter del peaje es un aspecto complejo y con consecuencias jurídicas relevantes, su determinación repercute directamente sobre terceros, es decir, los usuarios⁵⁵. La asignación de una u otra naturaleza al peaje (tributaria o precio según se entienda) traerá aparejadas consecuencias jurídicas diferentes. En tal sentido, por ejemplo, en caso de considerar que el peaje posee naturaleza tributaria—como ocurrió en los mentados casos “Colavita” y “Arenera del Libertador”, se generaría responsabilidad extracontractual. En cambio, en caso de atribuir al peaje el carácter de precio (como ocurre en los precedentes “Bianchi” y “Ferreyra”) dicha responsabilidad sería de naturaleza contractual, con todas las implicancias que esta diferenciación importa en el campo jurídico.

d) El sistema de la contribución de mejoras

La otra modalidad de financiamiento de la concesión de las obras públicas es la contribución de mejoras que consiste en el pago que realizan los beneficiarios principales y directos y no los usuarios.

En general, este universo está integrado por los titulares de inmuebles cercanos cuyas propiedades ven aumentado su valor por los trabajos realizados. En este caso la obra es transferida al Estado sin explotación por el concesionario⁵⁶.

ono) los fondos destinados a solventar y sea la construcción de la obra y/o sus gastos de conservación y uso” (*Contrato de obra pública*, t. I, ob. cit., ps. 348-349) citado por BALBÍN, Carlos, ob. cit., 664.

⁵⁴ “C.S.J.N., “Bianchi”, cons. 10. voto de la mayoría.

⁵⁵ Por su parte, M. MARIENHOFF dice que “El ‘peaje’ es la contribución o pago que el concesionario de la obra pública tiene derecho a exigir a los administrados que utilizan esa obra (camino, puente, aeródromo, etc.)” (cfr. MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., ps. 538 y ss.).

⁵⁶ Giuliani FONROUGE define la contribución especial como la “prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado” (*Derecho Financiero*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 1080-1081, cursiva en el original).

5. Los procedimientos de contratación

La ley 17.520, en su artículo 4º, dispone que la concesión de obra pública puede otorgarse mediante: (a) licitación pública, (b) contratación directa con entes públicos y sociedades de capital estatal o (c) contratación con sociedades privadas o mixtas. En particular, en este último caso se admite la presentación de iniciativas privadas.

Actualmente, el régimen de iniciativa privada aplicable a los sistemas de contratación regidos por las leyes 13.064, 17.520 y 23.696 está regulado y se rige por el decreto 966/05⁵⁷.

Sin perjuicio de la ley 17.520, cabe aplicar las disposiciones de los decretos 1023/01 sobre el régimen general en los términos en que expusimos anteriormente.

La doctrina ha señalado, sin embargo, que en caso de diferencias interpretativas en la aplicación de estas normativas—de la contratación administrativa en general y de la concesión en particular—, el conflicto debe resolverse por integración de ambos textos normativos y la finalidad perseguida en el marco de los contratos de concesión (marcada participación privada). Así, las contrataciones directas entre organismos públicos deben interpretarse con el carácter más limitado, esto es, conforme al texto del decreto 1023/01⁵⁸.

6. Modalidades y plazo de concesión

Si bien la ley 17.520 establece tres modalidades de concesión de obra pública (onerosa, gratuita y subvencionada) cierto es que este contrato es en sí mismo siempre “oneroso” porque “las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle (art. 967 CCyC—antes art. 1139 CC—).

Sin embargo, la ley utiliza el término *oneroso* para indicar que, en tal caso, se le impone al concesionario una contribución determinada o se le reconoce al Estado concedente participación sobre los beneficios.

Como ya señalamos, en aquellos casos en que el Estado no destina estos ingresos a gastos propios de las obras u otras inversiones conexas, puede objetarse que el peaje abonado por el usuario represente en parte el carácter de impuesto sobre el tránsito.

Es más, en ciertas ocasiones los ingresos por peaje pueden exceder la rentabilidad reconocida a la concesionaria en el contrato porque no es posible predeterminar cual es la cantidad de usuarios de las obras. Sin embargo, esa situación es distinta de aquella en la que *ab initio* se incluye la participación del concedente (Estado).

⁵⁷ B.O. 17/08/2005.

⁵⁸ BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 667.

Los ingresos que excedan la rentabilidad a la que tiene derecho el concesionario no deben transformarse en beneficios adicionales de este.

El contrato *gratuito* es aquel en el que el Estado no impone contribuciones al concesionario ni participa en los beneficios de éste. La ley 17.520 establece que bajo esta modalidad y también en las concesiones subvencionadas por el Estado, “deberán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resulten superiores a los previstos” (art. 3° *in fine*).

Finalmente, en la concesión *subvencionada*, el Estado transfiere recursos a la concesionaria “[...] con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el período de la explotación reintegrables o no al Estado” (art. 2°, inc. c, ley 17.520). Ello es así, por entenderse que los ingresos por peajes resultarían insuficientes para hacer frente a la totalidad de los costos de las obras⁵⁹.

Por último, cualquiera sea la modalidad que se adopte, la duración de la explotación —y, consecuentemente, de los ingresos en caso de peaje— incide fuertemente en el equilibrio económico financiero del acuerdo. Así, el art. 7° de la ley 17.520 incluye al plazo entre los elementos que necesariamente deben definirse en el contrato de concesión⁶⁰.

IV. LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA, OTROS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA EMERGENCIA SANITARIA

La pandemia suscitada a nivel global por la aparición del Coronavirus —COVID-19— y la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la Ley 27.541⁶¹ y ampliada por el Decreto N° 260/2020⁶², han producido múltiples incidencias en las categorías del derecho administrativo, cuyos alcances, en rigor, aún son imprecisos, aunque ciertamente significativos.

⁵⁹ Respecto de la concesión subvencionada, FANELLI EVANS sostiene que “el real destinatario de la subvención (en concreto, mediata o inmediata) es el usuario o beneficiario de la obra a servicio público que el estado ha decidido ejecutar o prestar por vía de concesión, el que no pagará al menos totalmente el precio de su construcción o prestación” (FANELLI EVANS, “Las subvenciones en las concesiones de obras y de servicios públicos”, en *Derecho Administrativo. Homenaje a Miguel S. Marlenhoff*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Lexis N° 1701/008317; cursiva en el original).

⁶⁰ Una de las posibilidades que considera FANELLI EVANS para obviar el riesgo consistente en la determinación por el concesionario de la cantidad de usuarios que tenga la obra es la fijación de un plazo incierto a la concesión basado en la cantidad de usuarios (FANELLI EVANS, “El riesgo en la concesión de obra pública”, *ob. cit.*).

⁶¹ B.O.P. 23/12/2019.

⁶² B.O.P. 12/03/2020.

En ese entendimiento, la contratación administrativa —en especial los contratos de Obra y Concesión de Obra Pública— son, quizás, una de las más incididas en el ámbito del derecho público con motivo de la aparición del Coronavirus COVID-19; o, en realidad, lo son consecuencia de la declaración de “emergencia sanitaria” dispuesta por el Estado⁶³.

En efecto, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 287/2020 (B.O. 18/03/2020) el Estado Nacional facultó a las entidades que integran el Sector Público Nacional, durante el plazo que dure la emergencia, para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional o sus regímenes de contrataciones específicos. En todos los casos debe procederse a su publicación posterior en las páginas web de la Oficina Nacional de Contrataciones y en el Boletín Oficial.

También se facultó al Jefe de Gabinete de Ministros a establecer los principios y pautas que rigen el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contrato de la emergencia.

Si bien no existió una normativa expresa que dispusiera directamente una suspensión de los contratos de obra pública, en los hechos la ejecución y continuidad de tales contratos se vió afectada como consecuencia natural de la aplicación de otras disposiciones que tienen que ver con las medidas gubernamentales adoptadas por las autoridades para enfrentar la pandemia del Coronavirus COVID-19.

En tal sentido, recordemos que el DNUN° 297/20⁶⁴, exceptuó del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según allí se detalla, entre las que se encuentran, el “personal afectado a obra pública”. En otras palabras, el citado DNU pretendió asegurar la normal continuidad de la obra pública, lo cual —de alguna manera— se vió corroborado por el dictado de la Decisión Administrativa 450 de la Jefatura de Gabinete⁶⁵ mediante la cual se declaró como “esencial” la venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones.

Desde esa perspectiva y en el marco de las facultades que le habían sido delegadas, el Jefe de Gabinete de Ministros dictó la Decisión Administrativa N° 409/2020 mediante la cual se dispuso un “Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia” destinado a la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento necesarios para afrontar la emergencia; excluyéndose de este régimen de exepción las obras públicas nacionales.

⁶³ Para profundizar sobre los inicios de este concepto esencial, ver con provecho CARRANZA TORRES, Luis R., “Los orígenes de la policía sanitaria”, *Comercio y Justicia*, 12 de junio de 2020.

⁶⁴ B.O. 20/03/20.

⁶⁵ B.O.P. 02/04/2020.

Por su parte, la Provincia de Córdoba declaró el estado de alerta, prevención y acción sanitaria (Decreto N° 156/2020, B.O. 11/03/2020) y suspendió la realización de eventos públicos o privados de concentración masiva de personas de la naturaleza que fueran (Decreto N° 190/2020, B.O. 13/03/2020). Asimismo, la Provincia dispuso la adhesión a las medidas adoptadas por la Nación en el marco de la emergencia sanitaria (Ley N° 10.690, B.O. 18/03/2020) y el aislamiento obligatorio (Decreto N° 201/2020, B.O. 20/03/2020).

No obstante, en la Provincia de Córdoba recordemos, continúa vigente el régimen de contratación de bienes y servicios de la Ley 10.155; como así también la Ley 8614 en lo que se refiere a las obras públicas.

En cualquier ámbito y en ese nuevo marco extraordinario, ciertamente, son múltiples las incidencias que la emergencia sanitaria produce en relación a los contratos de obra pública en ejecución, las que deberán, sin lugar a dudas, ser analizadas y encaminadas en el marco de la buena fe contractual y siempre teniendo en cuenta la complejidad y excepcionalidad de la situación de emergencia sanitaria.

Entre esas incidencias —y sin pretensión de agotar las cuestiones que pueden mencionarse a modo de ejemplo—, cabe referir al modo en que la normal circulación de personas pudo o no afectar la continuidad del plazo contractual previsto inicialmente, la dificultad y/o imposibilidad de mantener el ritmo previsto de obra, la posible ocurrencia de gastos improductivos, las demoras en el pago de las respectivas certificaciones, etcétera⁶⁶.

En tal sentido y como consecuencia de las disposiciones adoptadas en el marco de la pandemia, podría indagarse en torno a las diferentes posibilidades o alternativas que pueden presentarse en relación a la cuestión del mantenimiento de la ecuación económico financiera de los respectivos contratos, a cuyos efectos la renegociación contractual podría ser una técnica útil en esa dirección.

V. LA CONSTRUCCIÓN DE HOSPITALES MODULARES EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

La ley de obras públicas 13.064 vigente a nivel nacional se utiliza para el desarrollo de las infraestructuras en ese ámbito. No obstante, una novedad relevante suscitada en el contexto de pandemia es que existen obras destinadas al sistema de salud que se construyen utilizando una modalidad específica con intervención de la

⁶⁶ Para ampliar, TORRES BUTLER, Eduardo, "Algunos efectos del Coronavirus en la Obra Pública Nacional y de la Provincia de Córdoba", en A.A. VV., *Derecho y Emergencia Sanitaria*, 1ª. ed., Advocatus, Córdoba, 2020, a quien seguimos en este apartado.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) que, a través de la Oficina de Naciones Unidas de Servicios Para Proyectos (UNOPS), ha adquirido sistemas modulares de asistencia sanitaria en coordinación con el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Salud de la Nación⁶⁷.

El marco normativo utilizado para el desarrollo de esta infraestructura hospitalaria —que se caracteriza principalmente por su rasgo modular y ampliable, según las efectivas necesidades del sistema— es el "Procedimiento de adquisición para emergencias" que integra el "Manual de adquisiciones del UNOPS"⁶⁸.

Tales hospitales de emergencia sanitaria se componen de módulos de 1070 m², ampliables según las necesidades, a través de la metodología de construcción en seco, lo que facilita su realización. Las obras consisten en la construcción de pabellones hospitalarios que cuentan, además, con instalaciones de servicios —agua, electricidad, etcétera—; una platea de hormigón donde apoyan los módulos, redes de datos interna/externa, etcétera⁶⁹.

Como vemos, entre muchos otros requerimientos, la pandemia ha venido a tener incidencia en los sistemas de contratación de bienes y servicios del Estado, al menos mientras dure la emergencia declarada por el Estado. Los nuevos requerimientos en la contratación pública, además de poner en evidencia la necesidad de contar con procedimientos de contratación ágiles y transparentes, sientan una tendencia en esta materia signada por la intervención de organismos o entes internacionales en los procedimientos de contratación, sean que financien o no estos proyectos.

VI. LAS DISTINTAS MODALIDADES CONTRACTUALES CON FINANCIACIÓN PRIVADA DE PROYECTOS PÚBLICOS

La participación relativa del sector público y del sector privado en la financiación de los proyectos públicos ha variado significativamente a través del tiempo. Ello porque, por diversas razones, se ha tornado cada vez más necesario que las obras sean ejecutadas mediante aportes públicos y privados, en forma conjunta⁷⁰.

Es que en países como los nuestros con dificultades económicas, los recursos propios del Estado suelen ser escasos por las imperfecciones e inequidades del sistema recaudatorio y el alto grado de evasión resultante. La capacidad de estos países para recurrir al crédito nacional o internacional también es limitada. Como con-

⁶⁷ Aquí seguimos a TORRES BUTLER, en su artículo ya citado sobre esta cuestión.

⁶⁸ Disponible desde, consultado el 01 de febrero de 2021.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ En este punto seguimos a MAIRAL, Héctor, "Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad", RAP, Buenos Aires, ps. 209 y ss.

trpartida a esta escasez de recursos públicos se observa la disponibilidad de fondos privados interesados en encontrar oportunidades de inversiones. En ese contexto es de entender, en consecuencia, el desarrollo de diversos mecanismos que canalizan estos recursos privados hacia obras de infraestructura, permitiendo con ello anticipar la realización de proyectos públicos que de otra forma deberían esperar durante largos años la asignación de recursos del Estado.

1. Las distintas técnicas de financiación privada

Existen diversas técnicas utilizadas para allegar recursos privados a la construcción de obras de infraestructura y otros proyectos públicos. Todas ellas tienen un denominador común: los fondos que se utilizan para pagar al constructor y a los proveedores son de origen privado. Las diferencias se observan al momento de repagar esa financiación. En un caso (la financiación de proyectos propiamente dicha) ellos provienen de la explotación del mismo proyecto, o sea, son proporcionados por los usuarios de la obra o servicio en cuestión. En el otro caso quien paga es el Estado, sea por ser él el único usuario, sea por tomar a su cargo los pagos liberando de ellos a los usuarios. Este segundo modelo se ha llamado el "leasing público"⁷¹.

Existe una técnica adicional que no exige necesariamente la financiación privada pero que suele darse en conjunción con ésta: "la asociación público-privada", que incluye un grado de involucramiento del sector privado mayor al del rol del mero constructor/proveedor aunque sin llegar a constituir una verdadera privatización.

A continuación describiremos brevemente estas técnicas, aclarando que frecuentemente se observan casos híbridos en los que se unen pagos o garantías estatales al flujo de fondos proveniente de los usuarios privados.

2. La financiación de proyectos

La técnica de financiación de proyectos (*project finance*) consiste en financiar la construcción y puesta en funcionamiento de obras de infraestructura o de instalaciones industriales o destinadas a proveer servicios, con recurso principal o total limitado al producido de la operación de la obra o instalación⁷².

El factor distintivo de este mecanismo de financiación privado cuando se aplica a un proyecto público es que reemplaza el riesgo de crédito soberano por el riesgo comercial. Al no ser deudor el Estado sino reembolsarse a los inversores a través de un flujo de fondos proporcionado por los avatares de las finanzas públicas.

⁷¹ MAIRAL, Héctor, ob. cit., p. 209.

⁷² Ver GERCOVICH, Carlos E. - TAVARONE, Marcelo, *Financiación de proyectos*, Depalma, Buenos Aires 2000, ps. 1-3.

En nuestro país hemos receptado esta técnica, por ejemplo, a través de la concesión de obra pública para la construcción de autopistas financiadas a través del sistema de peaje⁷³. Como ya señalamos, una diferencia central entre este contrato y el de obra pública es el modo de financiamiento. En efecto, en el contrato de concesión de obra pública el Estado no paga la obra y, por tanto, los recursos deben ser anticipados por el concesionario o las entidades financieras. Este último camino es el más frecuente porque el concesionario no ejerce comúnmente actividades financieras y, además, estos emprendimientos exigen inversiones significativas⁷⁴.

Sin embargo hay interpretaciones de doctrina que alejan de las típicas figuras de la financiación privada de proyectos públicos. Así, Barra sostiene que el concesionario de la obra pública actúa como delegado de la administración, la cual se convierte en el "verdadero deudor" de la financiación que se tome⁷⁵.

3. El leasing público

No todas las obras de infraestructura pueden ser sufragadas con los pagos que realizan sus usuarios. Por otra parte, cierto tipo de obras no tienen usuarios en condiciones de pagar una tarifa por su uso o dispuestos a hacerlo (caso de hospitales, escuelas y cárceles).

Sin embargo, también en estos supuestos es posible la financiación privada, quedando a cargo del Estado, total o principalmente, devolver los fondos invertidos y sus producidos. Ello a partir de la puesta en uso de la obra construida, mediante el pago de un canon. Según el tipo de obra, ésta pasará de inmediato a ser de propiedad del Estado o —excepcionalmente— recién a la finalización del contrato. De allí que la calificación de leasing no sea siempre técnicamente apropiada, ya que en esa figura el financista retiene la propiedad hasta que, a partir de un cierto momento del cronograma de pagos, el tomador puede optar por adquirirla⁷⁶. Sin embargo, la lo-

⁷³ La Ley N°17.520 regula este tipo contractual, aunque lo hace con poco detalle y disponiendo la aplicación supletoria de la Ley de Obras Públicas (art. 4°). En ese sentido, el art. 5° de la ley 17.520 faculta al Poder Ejecutivo a crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría estatal, u otros tipos de personas jurídicas, para el cumplimiento de los fines de esa ley.

⁷⁴ A su vez, en ciertos casos, el concesionario otorga garantías a los acreedores en términos de cesión de futuros flujos. La ley 17.520 dispone que cuando medie financiación "con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de este, la concesión —además de prever los procedimientos de fijación y ajuste de tarifas— deberá contener las disposiciones que aseguren la amortización y servicio de las deudas y obligaciones a contraerse, así como la obligación del Estado de proveer el eventual defecto de ingresos si las tarifas autorizadas o reajustadas no resultasen suficientes" (art. 7°, segundo párrafo).

⁷⁵ BARRA, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, ob. cit., ps. 306-387.

⁷⁶ La Ley N°25.248, en su art. 1°, define el leasing como el contrato por el cual "el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

cución es útil pues indica una operación con aspectos financieros que exceden tanto la mera locación como el contrato de obra pública⁷⁷.

El mecanismo presenta para el Estado ventajas financieras indudables: como mínimo posterga desembolsos hasta que se comienza a utilizar la obra. Nuestro país sancionó, en los años 2000 y 2001, normas para poner en práctica ese mecanismo⁷⁸.

4. El contrato de participación público privada

Este tipo de contratos constituye una modalidad alternativa a los contratos de obra pública y concesión de obra pública, en la que existe una distribución de riesgos entre la autoridad contratante y el contratista, asumiendo este último la responsabilidad por la obtención de una parte sustancial del financiamiento del proyecto.

La ley 27.328 (B.O. 30/11/16), reglamentada por el Decreto 118/2017 (17/02/17), define el contrato de participación público privada como aquellos contratos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Los proyectos que se desarrollen en este marco pueden tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento. El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Se establece también que los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias (art. 2°).

En los casos en que los contratos de participación público-privada involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios son de aplicación a la prestación de tales servicios.

Por otra parte, la citada ley contiene principalmente normas relativas a los procedimientos de selección del contratista (cap. II), de las obligaciones de pago y ga-

⁷⁷ Por ello en Francia se habla del *crédit-bail immobilier* y se admite que, si la ley lo autoriza en casos especiales, las entidades públicas puedan recurrir a esta figura (RICHER, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, 3° ed., París, 2002, ps. 526-528).

⁷⁸ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.299 del 29 de diciembre de 2000, y su Decreto Reglamentario N° 228/2001.

rantías (cap. III), de regulación y control de la ejecución del contrato (cap. IV), incompatibilidades para contratar (cap. V), anticorrupción (cap. VI), solución de controversias (cap. VII), crea una Unidad de participación pública-privada (cap. VIII) y establece una Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada (cap. IX).

5. El factor distintivo de la financiación privada de proyectos públicos

Comparado con el sistema tradicional de construcción de obras públicas; en la obra pública el Estado paga el costo de la obra con sus recursos generales, provenientes de impuestos o del crédito público. La relación jurídica es única: el contrato de obra pública que liga al Estado con la empresa constructora.

En cambio, cuando se recurre a la financiación privada la posición del estado cambia significativamente. En este caso el Estado no adelanta fondos al constructor ni los hace adelantar por su cuenta, sino que un banco (o grupo de bancos) es quien efectúa inicialmente dicho adelanto por cuenta propia. Allí justamente se produce la captación de los fondos privados al proyecto público. Por esa razón, es necesario prever cláusulas que dispongan la mejor distribución de los riesgos en estos contratos haciendo recaer los mismos en cabeza de los sujetos que estén en mejor condición de prevenirlos.

6. La estructura contractual en la financiación privada de proyectos públicos

La estructura contractual a la que debe recurrirse para llevar a cabo una obra construida con el mecanismo de financiación privada de proyectos públicos es un entramado sistémico: se trata de "un complejo de varios contratos que se relacionan entre sí"⁷⁹.

El contrato principal es celebrado entre el Estado y una sociedad constituida al efecto (a la que llamaremos "Encargado del Proyecto" para seguir la terminología del "Régimen de Infraestructura")⁸⁰.

El Encargado del Proyecto tiene la obligación de construir y en su caso, hacer mantener y operar la obra, contra pagos que recibirá, del Estado o de terceros, a partir del momento en que pone en uso la misma.

⁷⁹ Ver GERCOVICH, Carlos E. y otro, ob. cit., ps. 1-3.

⁸⁰ El art 3° del Decreto N° 1.299/2001 define así al Encargado del Proyecto: "(...) una o más personas jurídicas, adjudicatarias de los respectivos procesos de selección de cada proyecto, que actúen por sí o en su carácter de fiduciarios de fideicomisos ordinarios, financieros o de otro tipo, a quien el Ente Contratante encomiende el diseño, construcción, financiamiento y, eventualmente, el mantenimiento y operación, de obras de infraestructura económica o social bajo el régimen establecido en el presente decreto".

A su vez el Encargado del Proyecto suscribe dos series de contratos fundamentales: una serie serán los contratos de préstamos y la otra, los contratos de compra de equipos y de locación de obra. Por el primero los bancos se obligan a adelantar fondos necesarios para pagar la construcción, y el Encargado del Proyecto se obliga a reembolsarles dichos adelantos. Por el contrato de locación de obra, la empresa constructora se obliga, frente al Encargado del Proyecto, a construir la obra, y en su caso a mantenerla y operarla, por un precio determinado pagadero jurídicamente por éste. El Encargado del Proyecto debe adquirir, o hacer construir, los equipos que utilizará a través de contratos de compra y/o locación de obra.

Si bien todos estos contratos son independientes, existen interrelaciones entre ellos: así como se ha dicho, el Encargado del Proyecto generalmente cede al Financista tanto los derechos de cobro emergentes de su contrato con el Estado, como los derechos emergentes del contrato de locación de obra de reclamar al Constructor por la mala ejecución de la obra.

En definitiva, como dijimos, se trata de un entramado sistémico de relaciones entre los distintos sujetos intervinientes en cada proyecto u obra que tienen en común la búsqueda de las mejores soluciones o estructuras para captar fondos públicos y/o privados para la mejor satisfacción de las necesidades públicas.

VII. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

1. El fideicomiso en el derecho público

El fideicomiso es una de los instrumentos más novedosos y de mayor utilización en nuestro derecho en los últimos años. Si bien en términos generales esta figura se emplea en forma creciente por razones similares a las que expusimos en el apartado anterior para las otras herramientas contractuales, cabe agregar en favor del empleo de la fiducia en el ámbito público la necesidad de crear mecanismos que atraigan inversiones a los proyectos públicos; el imperativo de que esos mecanismos garanticen de alguna manera la indemnidad de los fondos afectados por contingencias, riesgos y/o reclamos de terceros (p.ej. embargo de acreedores) y, sobre todo, la afectación y creación de una modalidad más eficiente en su concepción y funcionamiento, entre otras ventajas.

La mayoría de estos aspectos se encuentran debidamente resguardados a través del fideicomiso pues éste consiste en un patrimonio de afectación, en el que los bienes destinados al mismo, sólo son objeto del contrato celebrado y quedan exentos de la acción de acreedores del fiduciante o fiduciario⁸¹.

⁸¹ En este sentido, conforme lo previsto por el artículo 14 de la Ley 24.441, la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haber-

Sin embargo, no debe omitirse que la configuración de mecanismos de financiación como los fideicomisos públicos debe estar también orientada a dotar de mayor transparencia genuina, y por lo tanto de una competencia efectiva, a los procedimientos de selección del contratista particular y consecuentemente, al de formación de los precios que el sector público abona por los bienes y servicios que demanda, o que los propios usuarios o beneficiarios solventan cuando las actividades de prestación están a cargo de concesionarios, en aras de asegurar los principios⁸² de equidad, transparencia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos⁸³ que rigen toda actuación estatal.

2. Aspectos generales del fideicomiso en el Código Civil y Comercial

El código civil y comercial regula en el libro tercero, capítulo cuarto, entre los contratos en particular, la figura del "contrato de fideicomiso", en cual se dispone que: "[h]ay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario" (art. 1666).

En términos generales, la regulación de la figura del fideicomiso se realiza de manera similar a la prevista en la Ley 24.441. El capítulo 30 del nuevo código comprende, entre los artículos 1666 a 1700, las siguientes secciones: 1ª "Disposiciones generales"; 2ª "Sujetos"; 3ª "Efectos"; 4ª "Fideicomiso financiero"; 5ª "Certificados de participación y títulos de deuda"; 6ª "Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación"; 7ª "Extinción del fideicomiso"; 8ª "Fideicomiso testamentario".

Por su parte, el capítulo 31 regula el dominio fiduciario y lo define como "el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto

⁸² Nos referimos, entre otros, a los que se plasman en el artículo III, inciso 5, de la convención interamericana contra la corrupción, aprobada por la ley 24.759, que dispone como medida preventiva la regla según la cual los sistemas de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado deben asegurar la publicidad equidad y eficiencia de tales sistemas.

⁸³ Es que, como lo ha señalado Luciano PAREJO ALFONSO: [...] en la valoración social, política y también jurídica de la Administración Pública como parte de la estructura de los poderes públicos tienen hoy destacada importancia los valores de la eficiencia y eficacia. De aquella se exige primariamente no sólo que obre o actúe, sino que al hacerlo "resuelva" los problemas sociales, es decir que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, es decir, una "obra", cabalmente la pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate. Surge así la "efectividad" o, si se prefiere, el éxito como criterio de legitimidad de la Administración pública. cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración. Tres estudios*, MAP (Ministerio para las Administraciones Públicas), INAP, Madrid, 1995, p.89.

de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley” (artículo 1701). Se establece que son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio, previstas en los Títulos I y III del Libro Cuarto de este Código (art. 1702). Los sujetos del sistema son los siguientes: el fiduciante y fiduciario, como partes del contrato, el cual establece y crea obligaciones entre el fiduciario y el beneficiario inmediato (designado para adquirir las ventajas de la administración, los producidos o las rentas), y el beneficiario final (sujeto a quien el fiduciario se obliga a transmitir los bienes al extinguirse el negocio y que puede o no coincidir con la persona del fiduciante o beneficiario).

Se entiende que estamos en presencia de una contrato bilateral, conmutativo, oneroso (sin importar que se haya pactado o no una contraprestación a favor del fiduciario por sus servicios), de causa variable, voluntario o forzoso, este último cuando sea consecuencia de un acto de última voluntad y no sujeto a formas específicas⁸⁴.

3. El fideicomiso en el ámbito del derecho público

En nuestro país, a diferencia de otros sistemas, carece de un régimen específico del fideicomiso público, sin perjuicio de la normativa que reparamos en el apartado siguiente y tenido en cuenta además que, como se estudia en el capítulo de concesión de servicio público, se han creado distintos fideicomisos para propósitos específicos en el ámbito del derecho público.

El fideicomiso público ha sido definido como: “[...] un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias, en carácter de fiduciante, transmite la propiedad de bienes de dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario para realizar un fin de interés público”⁸⁵.

Las características del fideicomiso público que derivan de esta noción son (i) es el propio Estado es el que actúa como fiduciante, para lo cual transfiere fondos públicos con el objeto de generar beneficios. Estos beneficios pueden ser destinados a comunidades afectadas o en provecho del propio Estado; (ii) podrán ser objetos fiduciarios bienes de dominio público o privado del Estado, tales como dinero en efectivo, derechos derivados de la recaudación impositiva a través de tasas, fondos provenientes de organismos internacionales de crédito, acciones, títulos de deuda, inmuebles, etc. y que (iii) tendrá como finalidad el fomento económico y social y la satisfacción de las necesidades generales.

⁸⁴ SHEKENDEMIAN, Lucas, *El régimen de fideicomiso en Argentina*, inédito, 2014, a quien seguimos en esta materia.

⁸⁵ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho bancario*, Editorial Porrúa, México, 1978 citado por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003.

Los sujetos que intervienen en un fideicomiso público son los ya señalados resaltando que: (i) el fiduciante es el Estado nacional, provincial o municipal, directamente o a través de las dependencias designadas y es el titular de los bienes objeto de la transmisión fiduciaria; (ii) el fiduciario es la entidad pública o privada a quien se le transmite la propiedad fiduciaria de los bienes y asume la obligación de cumplir con ellos una determinada gestión o administración. Generalmente el fiduciario es una entidad financiera pública por ejemplo, el Banco Nación Fideicomisos S.A.; (iii) el comité de administración, de dirección, técnico o similar que es el responsable del cumplimiento de los objetivos específicos del contrato, o bien de la aprobación de lo dispuesto en la ley o el acto administrativo de creación del fideicomiso. Sus facultades, obligaciones y conformación se hallan estipuladas en el contrato de fideicomiso; (iv) los beneficiarios son los destinatarios de la acción de interés público, es decir, los sectores económicos que recibirán los beneficios producidos por el fideicomiso, dado que el estado considera que es necesario apoyarlos por diferentes motivos. También puede serlo el mismo Estado provincial o municipal y (v) el fideicomisario que es el destinatario, en el caso de existir, de los remanentes de bienes a la fecha de extinción del contrato⁸⁶.

4. El régimen legal del fideicomiso público

Si bien, como dijimos, no existe un régimen legal orgánico y específico para el fideicomiso público en nuestro país, sí existen, en cambio distintas disposiciones que regulan aspectos diversos de este instituto.

En cuanto al régimen general del fideicomiso, el Código Civil y Comercial regula la figura en el ámbito del derecho privado aplicándose en forma subsidiaria en materia de fideicomisos públicos.

Por su parte, la ley 25.152⁸⁷ de administración de los recursos públicos dispone que todo fideicomiso público debe estar previsto o contemplado en la ley de presupuesto nacional (cfr. art. 2º a), ley citada) y que su creación requerirá el dictado de una ley (cfr. arts. 2º, inc. a y 5º, inc. a ley cit). En tal sentido, las distintas leyes generales de presupuesto establecen obligaciones inherentes a la figura⁸⁸.

⁸⁶ SHEKENDEMIAN, Lucas, *El régimen de fideicomiso*... ob. cit.

⁸⁷ B.O. 21/12/2009.

⁸⁸ En virtud de ello, las distintas y sucesivas leyes de presupuesto: ley 25.725 (presupuesto año 2003) en su artículo 47 establece la obligación del Jefe de Gabinete de Ministros de presentar informes cuatrimestrales al Congreso, sobre el flujo y uso de los fondos fiduciario, detallando transferencias realizadas, obras ejecutadas y/o programadas; la ley 25.827 (presupuesto año 2004) repite la obligación prevista en el ley del año anterior, al igual que la ley 25.967 (presupuesto año 2005). La ley 26.078, ley de presupuesto año 2006, reduce el plazo de presentación de los informes, siendo obligatorio para el Jefe de Gabinete de Ministros la presentación al Congreso de informes trimestrales sobre el flujo y uso de fondos fiduciarios, con el detalle de las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas.

Un aspecto que cabe resaltar es que el empleo de los fondos fiduciarios por parte del sector público puede traer como valor añadido restarles, cuando no suprimir, contenido de discrecionalidad a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentra la ejecución del presupuesto, pues siendo que los compromisos de aportes financieros para la constitución de tales fondos deben ser incluidos en las respectivas leyes anuales de presupuesto, la voluntad del legislador que aprueba el presupuesto y de esa manera habilita el ejercicio de la competencia administrativa⁸⁹ —en tanto los recursos respectivos sean efectivamente recaudados⁹⁰— no quedará subordinada a las decisiones de los órganos administrativos a cuyo cargo se encuentre cumplir con la voluntad del legislador.

Para que ello ocurra, sin embargo, es imprescindible que los fideicomisos públicos estén sometidos de manera efectiva, por su parte, a todos los controles dispuestos para el sector público nacional conforme lo establece el artículo 8° de la ley 24.156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional.

Finalmente es de destacar que la ley 25.917 de “Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal” en su artículo 3° establece que: “las leyes de Presupuesto General de las Administraciones Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Administración Nacional contendrán la autorización de la totalidad de los gastos y la previsión de la totalidad de los recursos, de carácter ordinario y extraordinario, afectados o no, de todos los organismos centralizados, descentralizados y fondos fiduciarios”⁹¹.

VIII. CONTRATO DE SUMINISTRO

1. Concepto

El contrato de suministro es un típico contrato administrativo que celebra la Administración pública y un particular o una entidad administrativa, con una finalidad de interés público y que posee, por tanto, las cláusulas exorbitantes propias del derecho administrativo. En virtud de este contrato, la Administración procura la provisión de cosas, es decir, trata de proveerse y tener disponibles, en un momento dado, determinadas cosas que habrá de aplicar a un fin establecido.

⁸⁹ De esta manera, la ley de presupuesto, desde la perspectiva del derecho administrativo, actúa como una norma habilitante de la competencia de los órganos administrativos, plasmándose como la norma jurídica autorizante de derechos y obligaciones en cabeza del órgano administrativo.

⁹⁰ Cfr. artículos 28, 30 y 38 de la ley 24.156 y 5° de la ley 24.629.

⁹¹ El decreto 906/2004, en su artículo 1, dispone la creación del Consejo consultivo de inversiones de los fondos fiduciarios del Estado nacional en ámbito del Ministerio de Economía y Ministerio de Planificación Federal.”

El contrato de suministro debe versar sobre cosas muebles, es decir, a) cosas materiales que pueden tener un valor, conforme a lo preceptuado por los arts. 16 y 1833 CCyC—antes el art. 2311 CC—y b) esos objetos materiales deben ser de una índole tal que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismos, sea que sólo se muevan por fuerza externa, tal como lo indica el art. 227 CCyC—antes art. 2318 CC—. Por cierto, que la provisión de cosas muebles es retribuida por la Administración mediante el pago de una remuneración en dinero⁹².

La doctrina iuspublicista prefiere hablar de “remuneración en dinero”, en lugar de precio, para diferenciar el suministro de las figuras en el derecho privado. En tal sentido, se ha insistido en la necesidad de diferenciar este contrato de otras figuras como la compraventa en el tracto sucesivo, de duración, sujeto a las necesidades más o menos periódicas del ente contratante. En tal sentido, se pone especial énfasis en la continuidad de las prestaciones en el contrato de suministro en tanto y en cuanto importa la no interrupción de la prestación, distinguiéndola de la periodicidad, ya que en la primera las entregas no discontinuas ni periódicas carecen de individualidad propia.

También se ha distinguido del contrato de obras públicas pues no habrá contrato de suministro cuando el cocontratante particular deba elaborar el producto especialmente para su entrega a la Administración. Así lo ha entendido la Procuración del Tesoro de la Nación (dictámenes: 68:110) que en ese caso señaló que habrá contrato de obra pública más allá del tamaño del bien mueble a elaborar. Se convierte en contrato de obra pública en aquellos casos en que se trata de aportar materiales o insumos que se incorporan a una obra pública.

Cabe agregar que si se trata de la provisión de un inmueble estaremos frente a un contrato de compraventa, y no de suministro; si se tiene por objeto la prestación de un servicio, tampoco será contrato de suministro sino, precisamente, de locación de servicios.

2. Régimen legal

En el ámbito de la Provincia de Córdoba el contrato de suministro se rige por la Ley de Compras y Contrataciones de la Administración Pública Provincial N° 10.155 y su Decreto Reglamentario N° 305/2014 y por el Decreto N° 402/2014, que establece algunos índices especiales para contrataciones. Dicha normativa se puede consultar en el Portal Web de Compras y Contrataciones de la Provincia (<http://compraspublicas.cba.gov.ar/>), dependiente de la Dirección General de Compras y Contrataciones de la Provincia.

⁹² Para ampliar ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 1042.

3. Caracteres del contrato

El contrato administrativo de suministro es bilateral o sinalagmático, consensual, a título oneroso, conmutativo, y de ejecución instantánea o sucesiva según se prevea en el contrato. En efecto, es un contrato conmutativo o bilateral puesto que las partes se comprometen, la Administración a abonar una remuneración y el cocontratante a la provisión de los bienes objeto del contrato. Es un contrato de colaboración por antonomasia ya que el proveedor satisface mediante la entrega o provisión del bien comprometido satisfaciendo, de esta manera, el interés público que procura la contratación. Es oneroso, pues las ventajas que se dispensan las partes están concebidas unas en función de la dación o cumplimiento de la otra. También es consensual pues queda concluido desde que las partes expresan recíprocamente el consentimiento del modo previsto en la normativa. El suministro es por lo general, como dijimos, de trazo sucesivo o escalonado, lo que ocurre cuando las prestaciones se ejecutan de modo continuado o cuando deben cumplirse fraccionadamente, en épocas o períodos diferentes; pero puede ser también de ejecución instantánea, cuando las prestaciones se cumplen de una sola vez, en un tiempo único, aun cuando esté sujeto a plazo.

4. Aspectos generales del contrato de suministro

Los principios del contrato de suministro son, en general, los mismos aplicables a todos los contratos administrativos, los que aquí presentan características o particularidades como veremos a continuación⁹³.

Es frecuente que el cocontratante, además de las personas físicas, sean personas jurídicas—sociedades comerciales o industriales—, así como personas jurídicas públicas, estatales o no estatales.

Las cosas muebles que pueden ser objeto del contrato se entienden de una manera amplia: pueden ser fungibles o no, y consumibles o no consumibles, pudiendo ser también divisibles o no, siendo indiferente que el proveedor las tenga o no en su poder, al tiempo de celebrar el contrato, o que deba fabricarlas o producir las por sí o un tercero.

El régimen vigente es el que establece en general los aspectos de las formas que debe revestir el contrato, siendo frecuente que se perfeccione con una orden de compra o de provisión—o por otros medios escritos comunes—y los sistemas de elección que resultan aplicables: licitación pública, licitación privada y la contratación privada cuando se verifiquen las causales para ello.

En el ámbito de la ejecución del contrato de suministro, es el momento en el que se refleja claramente que el proveedor asume un rol de colaborador de la Administración, razón por la cual se le exigirá a éste poner todo de sí para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

Los poderes de dirección y control de la Administración son particularmente amplios en el contrato de suministro pues ésta debe asegurar la entrega por parte del cocontratante de las provisiones a lo largo del tiempo. Es decir, esta nota de dilación en la provisión de suministro es la que habilita a la Administración a la puesta en práctica de una de sus prerrogativas, como es, precisamente, el principio de continuidad en las prestaciones.

La potestad sancionatoria es ampliamente ejercida en el contrato de suministro. Al respecto, las sanciones pecuniarias—aunque comunes—no son las más relevantes pues lo que interesa es obtener la efectiva entrega de las provisiones, razón por la cual las medidas coercitivas son las más importantes.

El modo normal de concluir el contrato de suministro es a través de la entrega de las provisiones y/o entrega de las cosas comprometidas en tiempo y forma. En tal sentido, adquiere especial relevancia aquí que la ejecución y entrega de los objetos en el contrato de suministro debe realizarse según las muestras concertadas si es que hubieron o según las descripciones de calidad específicamente detalladas en los pliegos e instrumentos de la licitación.

Las controversias, cuando no se resuelven en la instancia administrativa, serán resueltas ante los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo pues se trata de cuestiones que deben ser resueltas por aplicación de principios de derecho administrativo⁹⁴.

IX. CONTRATO DE EMPRÉSTITO PÚBLICO

1. Noción

El Estado debe contar con todos los recursos económicos y financieros que le permitan cumplir las funciones y actividades que le corresponden según el derecho vigente. En tal sentido debe contar con los recursos ordinarios y permanentes, que forman el tesoro o la renta pública, entre los que incluyen los impuestos, las tasas, las contribuciones y otros conceptos, regulados conforme las normas establecidas por dicho ordenamiento.

Además y como puede ocurrir que en determinadas circunstancias esos recursos ordinarios resulten exigüos, ya sea porque se han producido eventos excepcio-

⁹³ FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 390.

⁹⁴ Para ampliar ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA Héctor J. - COMADIRA, Julio P., ob. cit., p. 1046.

nales u otras circunstancias no incluidas en los planes de acción existentes, el Estado se ve en la necesidad de utilizar medios económicos y financieros extraordinarios, que le permitan afrontar y encarar convenientemente un desarrollo adecuado de su cometido y alcanzar las soluciones más oportunas para esas situaciones. En estos casos, uno de los medios mas empleados para obtener tales recursos es el empréstito público.

De ahí entonces que el empréstito es una fuente de financiamiento extraordinaria; por ello el artículo 4° CN, los limita a los casos de “urgencias” de la Nación o empresas de utilidad nacional”, eliminando así la posibilidad de que sean contraídos para gastos corrientes de la Administración.

Los empréstitos públicos y las operaciones de crédito constituyen, entre nosotros, una de las fuentes de recursos prevista por el artículo 4° de la Constitución Nacional para formar el tesoro nacional y atender a los gastos públicos, debiendo disponerse para atender necesidades urgentes de la nación o para empresas de utilidad nacional, atribución que corresponde al congreso nacional que es el único que puede autorizarlas (constitución nacional artículos 4° y 67 inc. 3 y 6).

Se ha señalado, como particularidad de los empréstitos públicos, que los diferencia de los empréstitos comunes, que es frecuente que en los primeros se inserten cláusulas exorbitantes del derecho privado como la inembargabilidad de las rentas sobre el Estado, la fijación de la tasa de interés sin tener en cuenta lo prescrito en las leyes sobre usura, la asignación de un plazo especial de prescripción para los intereses no reclamados, pudiendo ser concertados con el público en general, con instituciones bancarias oficiales o privadas, o con instituciones financieras, ya sean nacionales o del exterior.

Para MARIENHOFF⁹⁵ el empréstito público no es sino un préstamo oneroso de dinero que el Estado obtiene de los administrados o particulares conforme a normas de derecho público. Por su parte, VILLEGAS⁹⁶ afirma que empréstito es la operación mediante la cual el Estado recurre al mercado interno o externo en demanda de fondos, con la promesa de rembolsar el capital en diferentes formas y términos, y de pagar determinado interés.

2. Naturaleza Jurídica

Se discute en doctrina si la naturaleza del empréstito público es contractual o si se trata de actos unilaterales o de soberanía del Estado.

Los autores que niegan la naturaleza contractual del empréstito consideran que éstos son emitidos en virtud del poder soberano de Estado y que surgen de una autorización legislativa que establece las condiciones del empréstito. Además, afirman que no hay acuerdo de voluntades en el empréstito, porque los títulos se lanzan al mercado con valor establecido, y la voluntad de los prestamistas no interviene en el proceso formativo de la obligación.

La doctrina mayoritaria entiende, en cambio, que el empréstito es un contrato porque nace de la voluntad de las partes, salvo el caso del empréstito forzoso, que es una variante del instituto. En efecto, según esta doctrina se trata de un contrato público —en rigor de un contrato de adhesión— en el que, si bien en la mayoría de los casos el prestamista no podrá negociar sus cláusulas o contenidos, siempre será esencial su aceptación voluntaria al momento de adquirirlo.

3. Caracteres

La doctrina nacional señala que el contrato de empréstito es un contrato bilateral, conmutativo y oneroso. MARIENHOFF, agrega su formalismo y el carácter de “colaboración” con la Administración⁹⁷.

4. Elementos del contrato

a) Sujetos

Uno de los sujetos necesarios en todo contrato de empréstito público es el Estado que se manifiesta y actúa por medio del Poder Ejecutivo, ya sea que este accione directamente o, lo que es mas frecuente, mediante los organismos centralizados o descentralizados que componen la administración pública.

Es sabido ya que, dentro de nuestro sistema constitucional, corresponde al Congreso Nacional establecer la formación de empréstitos y operaciones de crédito (art. 75, inc. 4 y 7, CN), al establecer que es atribución del Congreso Nacional “contraer empréstitos de dinero sobre el crédito de la Nación”.

Cocontratante particular, en los contratos de empréstito público, pueden serlo tanto personas físicas como jurídicas, al igual que en todo contrato administrativo.

b) Objeto

El objeto del contrato de empréstito público es siempre la tradición de una suma de dinero que obtiene el Estado de los particulares, con la finalidad de destinarla a

⁹⁵ MARIENHOFF, Miguel, Tratado... ob. cit., ps. 676 y ss.

⁹⁶ VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

⁹⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel, Tratado... ob. cit., p. 528.

atender urgencias de la Nación o solventar empresas de interés nacional. En mérito de esa tradición, el Estado se obliga a rembolsarla, pagando además al prestamista un interés en la forma y condiciones fijadas.

c) *Causa*

En caso de admitir, como dijimos, que los empréstitos públicos constituyen recursos de carácter excepcional o extraordinario al que solo debe recurrirse en circunstancias extraordinarias, debe concluirse que estas condiciones deben darse necesariamente como razón determinante que lleve al Estado a emitir tales empréstitos.

d) *Finalidad*

Si bien los textos constitucionales pueden considerarse bastante amplios en sus enunciados, lo cierto es que los empréstitos no pueden concluirse si no para destinar los fondos que de esa manera se obtengan a solventar urgencias de la Nación o para llevar a cabo empresas de utilidad nacional. Sin embargo, la práctica muestra casos de ciertos empréstitos públicos que se han ido convirtiendo en los medios comunes para atender gastos normales del tesoro, o para cumplir otras finalidades financieras, etcétera.

e) *Forma*

El contrato de empréstito público es, un contrato consensual. Pero ello no quita que este siempre sujeto al cumplimiento de formas escritas, expresamente impuestas y reguladas por las normas legales que le son aplicables especialmente.

5. Formación del contrato y selección del cocontratante particular

El contrato de empréstito público está sujeto a recaudos específicos en cuanto a su formación, como veremos a continuación.

Este contrato debe ser dispuesto mediante la sanción de una ley por la cual se manifiesta la decisión autoritativa de celebrar dicho contrato. Ahora bien, una vez dictada la ley autorizante, tiene lugar la emisión del empréstito, tarea a cargo del Poder Ejecutivo. La emisión comprende la confección de los títulos respectivos. Luego, corresponde la colocación o negociación del empréstito, en la cual se produce la vinculación entre el Estado, actuando por medio de los órganos administrativos determinados para ese fin, y los particulares que adquirirán los títulos o valores, convirtiéndose de esa forma en cocontratantes particulares y acreedores del Estado.

La negociación del empréstito se lleva a cabo, por lo común, por medio de suscripción pública, ofreciéndose los títulos de la adquisición del público en general,

previo el cumplimiento de una adecuada publicidad la cual se difunden las condiciones de la operación, sus ventajas, etcétera.

La colocación también puede efectuarse conviniendo el Estado con entidades especializadas la negociación de los títulos en el mercado (sea asumiendo la entidad en forma directa los riesgos de la operación o actuando como intermediarios entre el Estado y los prestamistas).

Finalmente, la colocación del empréstito puede realizarse mediante licitación pública o por cualquier modalidad que establezca para optimizar su finalidad.

6. Ejecución del contrato

Las modalidades y particularidades propias del empréstito público hacen que la ejecución de este contrato se diferencia de lo común del resto de los contratos administrativos.

Siendo un préstamo de dinero que los particulares hacen al Estado, es natural que las prerrogativas y derechos de la administración estén muy disminuidos, pero concentrándose en ellas el objeto concreto que le es propio.

Por otro lado, los derechos del cocontratante particular se ven restringidos a situaciones muy específicas, pues las obligaciones de la administración se limitan al pago de los intereses pactados y a la amortización o reembolso del capital prestado, en la forma y condiciones establecidas.

En suma, teniendo en cuenta que el contrato de empréstito público procura obtener dinero de parte de terceros y que para ello necesita generar condiciones de certidumbre y confianza por parte del cocontratante (particular prestamista)—los principios de mutabilidad, las potestades de dirección y control y/o rescisión—se encuentran previstas y/o poseen un limitado marco de acción en este contrato.

7. Derechos y obligaciones de la Administración Pública

La Administración tiene, el derecho de exigir la debida ejecución de las prestaciones a que se ha comprometido el cocontratante particular, y a exigir que ellas se ejecuten en el término debido, conforme a lo estipulado.

La singularidad del empréstito público hace que estos derechos, adquieran una virtualidad especial, puesto que el cocontratante particular cumple su obligación principal, que es la de entregar al Estado la suma equivalente al valor de los títulos adquiridos, de una manera instantánea y de una sola vez, al iniciarse el contrato, por lo que cumplida esa prestación, nada tiene la administración que exigir.

También debe tenerse presente que la Administración debe cumplir las obligaciones que ha adquirido con motivo del contrato de empréstito público, de manera leal y responsable, respetando el sistema fijado para la amortización o el rescate de los títulos, y haciendo efectivas las prerrogativas y exenciones que se hubieran otorgado a los particulares.

8. Derechos y obligaciones del cocontratante particular

El cocontratante particular tiene dos derechos esenciales en el contrato de empréstito público: el de exigir que la Administración cumpla las obligaciones que ha adquirido al celebrar el contrato, entre ellas la de reembolsarle el capital, y el de percibir regularmente la remuneración que le corresponde, es decir el cobro de los intereses que hayan sido fijados.

Otros derechos que son comunes a todo cocontratante, como el de suspender la ejecución del contrato, para quienes aceptan esta interpretación, el de requerir su rescisión o el de exigir el mantenimiento de su ecuación económico-financiera, no tienen la oportunidad de ser ejercidos en el empréstito público dada la naturaleza y características propias del empréstito.

Se mantiene, en cambio, el derecho del cocontratante a ser resarcido por la extinción unilateral del contrato, dispuesta por el Estado.

9. Extinción del contrato

La forma normal como concluyen los empréstitos públicos es la que se conoce bajo la denominación "amortización", la cual no es sino el reembolso del capital facilitado por cada prestamista, quien a su vez debe entregar los títulos o valores que habían sido emitidos o que había adquirido.

Los modos anormales de conclusión del empréstito público son aquellos que no consisten en el reembolso liso y llano del capital a cada uno de los prestamistas sino en forma que sustituyen o compensan ese reintegro.

Entre estas últimas formas de extinción del contrato, podemos mencionar la conversión del empréstito público que consiste en la emisión de un nuevo empréstito, que viene a reemplazar al anterior, que queda extinguido, y cuyo objeto es, la fijación de nuevas condiciones.

La consolidación del empréstito público, por su parte, tiene lugar cuando se transforma una o varias deudas flotantes a corto plazo en una deuda a largo plazo o a plazo incierto, mediante la emisión de un nuevo empréstito en esas condiciones.

CAPÍTULO X SERVICIO PÚBLICO

I. CONCEPTO

Los servicios públicos son actividades complejas cuya noción y régimen jurídico están fuertemente influenciados por las necesidades e ideología de la época¹. Por ello, se ha dicho que hay tantos conceptos del servicio Público como autores se han ocupado de él.

Según las posiciones clásicas que influyeron fuertemente en nuestro país, servicio público es toda actividad estatal cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes (Duguit); mientras que para otras es toda la actividad de la Administración (Jéze) o una parte de la actividad administrativa (Hauriou)². Desde otra mirada doctrinaria se sostiene que un servicio público es toda actividad cuyo prestador está obligado a suministrar el servicio a quien lo solicite (según las posibilidades de sus instalaciones), lo que implica que debe hacerlo de modo no discriminatorio. Es pues, el régimen jurídico especial al que está sometida la actividad, lo que la convierte en servicio público, y no a la persona de su titular. En esta posición, la nota distintiva es la obligatoriedad, siendo el resto de los caracteres generalidad, uniformidad, etc. una consecuencia de aquélla³.

También se ha considerado el servicio público como un título de intervención, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien

¹ En tal sentido, afirma Alberto Bianchi que las dos principales fuentes de la regulación económica son: la necesidad pública y la ideología (cfr. BIANCHI, Alberto, *La regulación económica*, t. I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p. 31).

² FARRANDO, Ismael - MARTÍNEZ, Patricia (directores), PÉREZ HUALDE, Alejandro y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 403.

³ MAIRAL, Héctor, "La ideología del servicio público", *ReDA*, n° 14, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 429 y ss..

común, mediante alguna de las siguientes actitudes: a) la asunción de la titularidad (*publicatio*⁴) de ciertas actividades, para ejercerlas en forma directa o indirecta; b) el desarrollo subsidiario de actividades, en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas; y c) el ejercicio del poder de policía sobre ciertas actividades privadas prestacionales⁵.

Sin perjuicio de las definiciones apuntadas, debemos tener presente que actualmente la metodología común en la moderna teoría de la regulación de los servicios públicos es la búsqueda de los principios de la regulación óptima de tarifas y requerimientos de calidad para empresas que operan en mercados naturalmente monopólicos, donde la competencia no puede realizar esa tarea⁶.

Teniendo en cuenta estos conceptos, en el presente capítulo abordaremos las principales cuestiones que, en la actualidad, se abordan en la problemática inherente a los servicios públicos y los aspectos más relevantes que presenta su regulación.

II. LA NOCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: SERVICIO PÚBLICO, UTILITIES Y ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

Uno de los aspectos más debatidos en relación al tema de este capítulo es determinar en la praxis si el principio de iniciativa privada o libertad de empresa prevalece respecto de la intervención del Estado en la economía, generalmente instrumentada por el poder público mediante la técnica del servicio público o el poder de policía.

La respuesta a este interrogante, en realidad, proyecta las principales posiciones que existen en torno a estos temas. Por un lado, la doctrina francesa, que concibe el concepto de servicio público como aquél que alude a la actividad que es de titularidad del Estado y que éste puede prestar por sí o delegar en concesión a particulares, se contrapone con la concepción de aquellos sistemas como el de EE.UU. y otros países en los cuales, en lugar de hacer referencia a la noción de servicio público, sostienen que las actividades comerciales e industriales que satisfacen este tipo de necesidades de la población son de carácter privado y sujetas al principio de libertad de empresa y que pueden estar sujetas a regulación de calidad y precio (tarifas) por razones de interés público (*utilities*). Nótese que en el primer caso se parte de la concepción de una actividad estatal que puede ser delegada a los particulares y, en el

segundo, en cambio, se concibe a estas actividades como privadas y que pueden estar sujetas a regulación estatal.

En el derecho comunitario, por su parte, en el que conviven países con sistemas normativos con concepciones diversas sobre el rol del Estado sobre las actividades comerciales e industriales, el Tratado de Roma establece el principio general de la libertad de competencia en el mercado común de la Unión. Sin perjuicio de ello, también se dispone el concepto de *actividades económicas de interés general* para hacer referencia a aquellos cometidos o tareas que aunque correspondan a los particulares y sean desarrolladas por sujetos privados o públicos, puedan estar sometidas al mismo tiempo a una intensa regulación bajo ciertas pautas cuando aquel marco competitivo pudiera afectar el interés económico general⁷.

A modo de ejemplo puede citarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los casos "Carbeau" y "Almelo", que aceptan que por razones de interés público o por razones de otra naturaleza no económicas se consideren derechos exclusivos que no afectan el derecho de acceso al mercado (por ejemplo, el otorgamiento de un monopolio legal), cuando fuera indispensable para el cumplimiento de dicha misión. La jurisprudencia se mantiene en el tiempo con algunas restricciones pues en otro precedente posterior, en el caso "Ambulant", se señaló que si la concesión de derechos especiales exclusivos afecta parámetros de "eficiencia y calidad" la jurisprudencia del caso "Carbeau" deviene en inaplicable⁸.

Otro ejemplo de actividad regulada por razones de interés público puede encontrarse en el servicio de remises que se presta en la ciudad de Córdoba, al que la jurisprudencia lo asimiló al servicio público de taxis. En estas actividades, el ingreso al servicio a través de la concesión, autorización, la licencia, el permiso, entre otras figuras, como la extinción de las mismas, quedan sujetos a una mixtura de vinculación jurídico pública y privada, prevaleciendo según el caso una sobre la otra⁹.

En el caso "Miranda c/Municipalidad de Córdoba. Amparo", el Superior Tribunal de Justicia Provincial sostuvo que no es inconstitucional una ordenanza municipal que exige, para la habilitación de una agencia de remises, ser propietario o tener contrato para la prestación del servicio en número mínimo de diez unidades, prescribiendo el cupo de un vehículo por cada determinada cantidad de habitantes¹⁰.

⁴ Acto de *publicatio* según la célebre expresión de Villar Palasí (cfr. MAIRAL, Héctor A., *La ideología del servicio público*... ob. cit., nota 71).

⁵ COMADIRA, Julio R., "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público, en Servicio público, policía y fomento", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003, ps. 17/47 esp. 22.

⁶ En detalle ver Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, FIEL, *La regulación de la competencia de los servicios públicos*, FIEL, Buenos Aires, 1999, ps. 71 y ss.

⁷ En efecto, el Tratado de Roma establece a la competencia como un bien jurídico protegido, que, el artículo 86.2 del Tratado, dispone que existen excepciones al principio respecto de empresas encargadas de la gestión fiscal, sean éstas públicas o privadas.

⁸ SESIN, Domingo, "Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba", en AA. VV., *Servicio Público Policía y Fomento*, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 209.

⁹ Ver comentarios de BARRERA BUTELER, Guillermo, *El amparo de los remiseros*, Córdoba, La Ley, 1999, p. 661 y ss. y Ríos, Carlos, *El control de razonabilidad según el Tribunal Superior de Córdoba*, Córdoba, La Ley, 1999, p. 141 y ss.

La jurisprudencia apuntada señaló que: a) el servicio de remises es una forma de transporte público, pues participa mucho de los caracteres propios del servicio público de taxímetro; b) las conductas operativas establecidas por el legislador municipal para regular el funcionamiento del servicio de transporte de remises no son objeto de revisión judicial, si se respeta el límite de juridicidad y no aparecen desmedidas en función de la naturaleza de la situación planteada y la finalidad de que se pretende y c) las ordenanzas pertinentes no son inconstitucionales ni contrarían los preceptos de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional ya que los derechos individuales —en el caso de trabajar y ejercer industria lícita— no son absolutos sino que se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Es claro entonces que si la actividad está calificada formalmente como servicio público (*publicatio*), la regulación, control e intervención del Estado estará presente en todos los aspectos de ese cometido (principalmente en materia de calidad y precio). El mismo temperamento sucederá aunque se conciba que a esa misma actividad como privada y deba regularse por razones de interés público. En cualquier caso, la regulación estatal se justifica en la medida en que sea razonable, proporcional y en el marco de la juridicidad.

En forma similar, la actividad de los servicios de transporte que es prestada a través de la plataforma UBER, suscita en la actualidad distintas controversias en torno a si debe ser regulada por el Estado y, en su caso, cuál debiera ser la intensidad de dicha regulación. Al respecto, considero que los conceptos desarrollados en estos apartados brindan respuesta suficiente a los interrogantes formulados.

III. LOS DENOMINADOS SERVICIOS ESENCIALES EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA.

LAS TICS COMO SERVICIO PÚBLICO

La noción de “servicios esenciales” es empleada principalmente en el campo del derecho del trabajo con el propósito de referir a aquellas actividades que deben garantizarse en escenarios de ejercicio de derecho de huelga por parte de los trabajadores. Sin embargo, con la aparición de la pandemia suscitada por el Covid 19, la declaración de la emergencia sanitaria y el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 que, además de disponer el aislamiento social preventivo y obligatorio, también dispuso ciertas excepciones que se vinculan con actividades y servicios declarados “esenciales” en la emergencia, lo cual fue ampliado por normativas posteriores.

Se ha dicho que la noción de servicios “esenciales” no se trata, en todos los casos, de servicios “públicos” o de “interés público”, sino de prestaciones a las que identifica como imprescindibles para mantener la convivencia social en el marco del aislamiento social obligatorio. Empero, a mi modo de ver, el fundamento de esta noción es más general y remite a razones de interés público superior dirigidas preve-

nir la propagación del Covid-19 y, en su caso, mitigar los efectos de los contagios. Se trata de un concepto transversal ya que sus efectos se proyectan en las restantes categorías del derecho público.

Recordemos que el Decreto N° 297/2020 fue dictado considerando que el país se encontraba ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes. En ese contexto, a fin de mitigar su propagación e impacto en el sistema sanitario, se impuso para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio”.

Con el propósito de garantizar el cumplimiento de tales prohibiciones se adoptaron distintas medidas. A su vez, durante la vigencia de la medida se estableció que los trabajadores del Sector Privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales y se confirió asueto transitorio al personal de la Administración Pública Nacional para que estos pudieran cumplir con la obligación de aislamiento. Solo quedaron excluidos de la obligación de aislamiento aquellas personas que se desempeñasen en las llamadas “actividades esenciales”, atribuyéndose competencia al jefe de Gabinete de Ministros para que, previo asesoramiento de la autoridad sanitaria y con base en la dinámica de situación epidemiológica, ampliase o redujese las excepciones al aislamiento allí contempladas.

Con el correr de los días, debido a la necesidad de atender otras actividades que se mostraron de continuidad “esenciales”, así como en razón de los reclamos de las autoridades provinciales y locales que bregaban por una mayor actividad económica en sus jurisdicciones, la Jefatura de Gabinete de Ministros fue morigerando la estrictez del régimen de aislamiento, incorporando nuevas actividades al régimen de excepción, habiéndose con posterioridad habilitado a los gobernadores provinciales a establecer excepciones en el ámbito de sus jurisdicciones y previo cumplimiento de una serie de recaudos fijados tanto por la autoridad sanitaria local como por las autoridades nacionales. No obstante, lo cierto es que, a este momento se mantiene la estructura básica del régimen en cuestión, así como la casi totalidad de las medidas allí impuestas.

En adición a las prohibiciones y restricciones reseñadas—que solamente se mencionan a modo ilustrativo—, cabe señalar que también se dictaron y, aún se continúan dictando, una gran cantidad de disposiciones en ejercicio del poder de policía sanitario, quizás del modo en que nunca había ocurrido en nuestro sistema.

Una novedad relevante en este período es que el Poder Ejecutivo Nacional emitió el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020 (B.O. 22/08/2020) que dispuso una modificación del art. 15 de la Ley 27.078 y mediante el cual se declaró que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciarios y licenciarias de servicios TIC “son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”. Asimismo, se dispuso que la autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad.

También se establece que los prestadores de estos servicios deben fijar sus precios, "los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación".

Además, la autoridad de aplicación debe establecer en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.

También se incorpora como servicio público, al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades.

Los precios de estos servicios son regulados por la autoridad de aplicación, que también debe establecer en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.

Es relevante señalar que esta normativa señala que el derecho de acceso a internet es, en la actualidad, uno de los derechos digitales que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión, tal como reconocen los organismos internacionales.

En ese sentido, se dice que el derecho humano al acceso a las TIC y a la comunicación por cualquiera de sus plataformas requiere de la fijación de reglas por parte del Estado para garantizar el acceso equitativo, justo y a precios razonables.

IV. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA. ETAPAS

La modalidad en la prestación de los servicios públicos en nuestro país puede dividirse en distintas etapas que se corresponden en términos generales con la evolución de las distintas reformas constitucionales. En una primera etapa, la prestación de los servicios públicos se encontraba en manos de los particulares; en una segunda etapa, que se identifica con una tendencia internacional a la asunción de estas actividades por parte de los Estados, los servicios públicos fueron traspasados a la órbita estatal (nacionalización) y una tercera etapa que se caracterizó por la privatización¹⁰ de los servicios a partir de la ley de reforma del Estado en la década de los 90. Finalmente, podríamos afirmar que transcurre actualmente una cuarta etapa que se caracteriza por un sistema mixto en el que el Estado, a la par de mantener el

¹⁰ Jaime Rodríguez Arana Muñoz ha señalado que la privatización podría definirse como un conjunto de decisiones que comprenden, en sentido estricto, cuatro actividades. Primera, la desregulación de determinados sectores públicos. Segunda, la transferencia de propiedad de los activos. Tercera, la promoción de la prestación y gestión privada en las empresas y otros entes públicos (cfr. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La privatización de la empresa pública*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1991, ps. 75-76).

control de los servicios, asume la prestación directa algunos de ellos, en el marco de una más activa y significativa regulación estatal.

1. Primera etapa. La prestación privada de los servicios públicos

En una primera etapa, que se corresponde con la constitución histórica 1853 reconoce y garantiza, en su artículo 14, entre otros derechos fundamentales, los de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio. Es ésta una definición filosófica que coloca, en principio, la titularidad de la actividad comercial e industrial en el ámbito privado¹¹.

El principio constitucional era la titularidad privada de esas actividades mientras la titularidad pública era, en cambio, la excepción, sólo justificable por exigencias del interés público, las que, al menos inicialmente, se consideró configuradas, únicamente, respecto del servicio de correos y obras sanitarias¹².

2. Segunda etapa. La nacionalización de los servicios públicos

En una segunda etapa, marcada por las nacionalizaciones de los servicios públicos, el Estado, del mismo modo que había ocurrido en Europa, asume la decisión de titularizar actividades en las que considera comprometido el interés general, y, a la par, en varios casos otorga en concesión la prestación de esas actividades a los privados siendo a éstos a quienes les corresponde, en principio, cumplirlas (v.gr.: concesiones ferroviarias; de electricidad, gas, tranvías, permisos telefónicos, etc)¹³. En esta etapa, el servicio público opera como título exorbitante para la exclusión de la titularidad privada de la actividad tal como se expuso precedentemente.

Por su parte, la Constitución de 1949 – que fue dejada sin efecto en 1956 – importó un cambio significativo pues su artículo 40 se decide, por un lado, la pertenencia originaria de los servicios públicos al Estado y la prohibición terminante de su enajenación o concesión, y, por otro, las transferencias a aquél de los que estuvieren en poder de los particulares, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley lo determinara¹⁴.

¹¹ Al respecto, ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. X, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 590 y ss.

¹² MAIRAL, Héctor, *La ideología del servicio público...* ob. cit., p. 434.

¹³ MARIENHOFF distingue entre monopolio y exclusividad. El primero implica que una actividad se sustrae de la concurrencia y se reserva para su desarrollo sólo por una persona pública o privada. La segunda significa que el Estado asegura a quien es objeto de ella que no otorgará nuevas concesiones para el mismo servicio o actividad. (MARIENHOFF, Miguel S., "Los privilegios en el derecho público. - exclusividad; monopolio; exención impositiva- Lo atinente a la "reserva de zona". La "zona de influencia"', *ReDA*, n° 17, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 327 y ss., especialmente p. 334).

¹⁴ La doctrina argentina, influenciada fuertemente por la francesa, daba, por lo demás, sustento teórico a la técnica concesional, siendo ilustrativas, en ese sentido, las definiciones plasmadas en la Cuar-

Como resultado de esta época, que se caracterizó por la nacionalización de los principales servicios públicos, a comienzos de la década del 90, el Estado se presentaba como prestador bajo diversas formas jurídicas de actividades también distintas: correos y telégrafos; teléfonos; transporte y distribución de gas; generación, transporte y distribución de electricidad; obras sanitarias; transporte aéreo de cabotaje y transporte ferroviario.

3. Tercera etapa. La privatización de los servicios públicos

La evolución reconoce una tercera etapa pues en el año 1989 se sanciona la ley 23.696, denominada de reforma del Estado, en virtud de la cual se declaró en emergencia la prestación de los servicios públicos y la situación económico financiera de la Administración Pública Nacional, y se facultó, asimismo, al Poder Ejecutivo para otorgar permisos, licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privatizaran, consignándose, las empresas y activos "sujetas a privatización".

Si bien la reforma constitucional de 1994 se refiere a los servicios públicos en el artículo 42, la sanción de los marcos regulatorios más importantes, relativos a los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales¹⁵; de transporte y distribución de electricidad¹⁶; de transporte y distribución de gas natural¹⁷ y de las telecomunicaciones¹⁸ se produjo antes de aquella reforma.

La Constitución reformada se refiere expresamente, en dos oportunidades, a los servicios públicos. Primero, en el segundo párrafo del artículo 42, para imponer a las autoridades el deber de proveer al control de la calidad y eficiencia de ellos; y después, en el párrafo tercero del mismo artículo, para determinar que la legislación

ta Conferencia Nacional de Abogados de 1936 (que pueden verse en JA, Tomo 61, sec. doctrina, ps. 90 y ss.).

¹⁵ En el marco de la ley 23.696, el decreto 999/92 consigna que el servicio público regulado por él se define como la captación y potabilización, transporte, distribución y comercialización del agua potable; la colección, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose los efluentes industriales que el régimen legal vigente permita se viertan al sistema cloacal (art. 1º, Anexo I, decreto 999/92, marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales).

¹⁶ La ley 24.065 caracteriza como servicio público al transporte y distribución de electricidad (art. 1º, ley 24065; art. 1º, decreto reglamentario 1398/92).

¹⁷ La ley 24.076 determina, en su art. 1º, que el transporte y distribución de gas natural constituyen un servicio público nacional.

¹⁸ La privatización se llevó a cabo según el decreto 1185/90. La prestación del servicio de telecomunicaciones había sido ya considerada un servicio público por el decreto 62/90 cuando se convocó a un concurso público internacional para la privatización de la prestación. Es ilustrativo destacar que, a los efectos de la renegociación contractual, el decreto 311/03 al enunciar los servicios públicos alcanzados sólo menciona al servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija).

debe establecer los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

4. Cuarta etapa. Los servicios públicos en la emergencia

El marco institucional que regía la prestación de todos los servicios públicos en el país se vio profundamente modificado por las disposiciones contenidas en la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario N° 25.561 (B.O. 05/01/2002) así como por la práctica regulatoria posterior. En virtud de esta ley se derogaron los indicadores de precios basados en índices extranjeros, se pesificaron las tarifas y se sujetaron los contratos de obra y servicios públicos a un proceso de renegociación contractual, entre otras medidas.

De esta manera y con base en la delegación de facultades operadas por imperio de dicha ley, el Poder Ejecutivo, a través de la Unidad de Renegociación¹⁹, procedió a renegociar los Contratos de Concesión de Obras y de Servicios Públicos, afectados por la emergencia y por el nuevo régimen cambiario, en la medida de dicha afectación, con el alcance establecido en el artículo 9º de la ley.

Posteriormente y una vez que habían comenzado a aplicarse los acuerdos renegociados, la ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública, Ley N° 27.541 (Sup. Of. 23/12/19) declaró una nueva emergencia pública estableciendo disposiciones que tienen incidencia en los servicios públicos.

Entre otras disposiciones, esta ley faculta al Poder Ejecutivo nacional a mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, en los términos de las leyes 24.065, 24.076 y demás normas concordantes, a partir de la vigencia de esta ley, propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares, comercios e industrias (art. 5º).

Al mismo tiempo, se invita a las provincias a adherir a estas políticas de mantenimiento de los cuadros tarifarios y renegociación o revisión de carácter extraordinario de las tarifas de las jurisdicciones provinciales.

Por cierto, la aplicación de los acuerdos renegociados trajo aparejado un significativo incremento tarifario en el servicio público de gas natural, lo que suscitó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Centro de Es-

¹⁹ En primer lugar se creó la Comisión de Renegociación en jurisdicción del Ministerio de Economía por el decreto 293 de fecha 12 de febrero de 2002 y determinada su integración por el decreto 370 del 22 de febrero de 2002.

tudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo” de fecha 18 de agosto de 2016, que se inscribe en la lista de las sentencias institucionales del Alto Cuerpo.

En efecto, la sentencia recaída in re “Cepis”, que se estructura con el voto conjunto de los Ministros Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en concurrencia con los votos individuales de los Dres. Horacio Rossatti y Juan C. Maqueda, revocó las resoluciones N° 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería, mediante las cuales se había dispuesto un incremento de las tarifas de gas para los usuarios del servicio de todo el país.

Entre los principios que decantan de este pronunciamiento —que se proyectan, en realidad, a cualquier actividad interventora del Estado en la economía—, podemos mencionar la participación ciudadana como garantía de legitimidad de las decisiones y de la democracia participativa y, en cuanto a los servicios, de previsibilidad y razonabilidad. También se desprende el estándar de gradualidad como criterio de razonabilidad.

5. Quinta etapa. Los servicios públicos en el marco de la Pandemia

La pandemia vinculada al Coronavirus—COVID—19 y la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la Ley 27.541 y ampliada por el Decreto N° 260/2020, han producido múltiples incidencias en las categorías del derecho administrativo, cuyos alcances, en rigor, aún son imprecisos, aunque ciertamente significativos.

En ese entendimiento, la noción de servicio público es, quizás, una de las más incididas en el ámbito del derecho público con motivo de la aparición del Coronavirus—COVID-19; o, en realidad, lo es como consecuencia de la declaración de “emergencia sanitaria” dispuesta por el Estado.

La actividad contractual vinculada con la prestación de los servicios públicos se ha visto fuertemente incidiada con motivo de la “emergencia sanitaria”. Así lo demuestran, en lo que aquí interesa, diversos estudios realizados a nivel regional referidos a la asequibilidad, en ese contexto, de los servicios de electricidad, transporte y agua potable y saneamiento para los hogares de América Latina y el Caribe (ALC).

En nuestro país, el comportamiento de los servicios ha sido similar a lo acaecido en la región y las autoridades han adoptado medidas tendientes a asegurar la prestación de estos servicios en la emergencia sanitaria. Así, por ejemplo, el DNUN° 297/20—que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio—exceptuó del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según allí se detalla, entre las que se encuentran, el personal afectado a obra pública, las actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales, la recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; el man-

tenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; el transporte público de pasajeros, transporte de mercancías, petróleo, combustibles y GLP; los servicios postales y de distribución de paquetería; las guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica, etcétera.

Asimismo, el DNUN° 311/2020 prohibió los cortes a los servicios esenciales por falta de pago. En concreto, dispuso prohibir por 180 días la interrupción de suministro a las empresas de servicios públicos los cortes de luz, gas, agua, telefonía móvil y fija, internet y televisión por cable a los jubilados, beneficiarios de Asignación Universal por Hijo (AUH), monotributistas y trabajadores en general que no perciban más de dos salarios mínimos. Por otra parte y en la misma línea, también se dispuso la suspensión de la obligación de pago de tarifas de peaje para transitar en corredores viales concesionados o gestionados bajo contratos de participación público-privada.

En adición a las normas referidas directamente a la prestación de servicios públicos, también se dictaron otras disposiciones que establecieron importantes restricciones a derechos económicos, tales como el establecimiento de precios máximos a ciertos insumos sanitarios y de primera necesidad, la suspensión del cierre de cuentas bancarias, el congelamiento de cuotas de créditos hipotecarios y suspensión de ejecuciones, el congelamiento de alquileres urbanos y suspensión de desalojos, la suspensión de despidos de trabajadores, llegando hasta imponer la prohibición a los operadores aéreos de comercializar pasajes—tanto de cabotaje como internacionales—con fecha de partida anterior al 1° de septiembre de 2020, entre otros.

En suma, como puede verse, la regulación de los servicios públicos se transformó en una herramienta indispensable para la implementación de las políticas públicas tendientes a abordar las distintas situaciones y consecuencias que derivan de la emergencia sanitaria.

V. CARACTERES DEL SERVICIO PÚBLICO

La finalidad pública que está destinada a satisfacer el servicio público fundamenta los medios exorbitantes de derecho común a la que está sometida la actividad así declarada; es decir, un régimen de derecho público que asegure la *generalidad*, *uniformidad*, *regularidad* y *continuidad* del servicio.

La *generalidad* significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente:

la igualdad o uniformidad, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. La regularidad importa la conformidad a las reglas y condiciones preestablecidas²⁰.

La doctrina ha otorgado valor diverso a los caracteres del servicio. En un sector de pensamiento se ha señalado que el régimen jurídico especial al que está sometido el servicio público procura someter los intereses privados al interés público, fundamentalmente en aras de proteger la continuidad de la actividad (es decir, que el servicio satisfaga la necesidad pública en forma oportuna)²¹. Por otra parte, se ha recalado, en cambio, la mayor importancia de la nota de obligatoriedad de la prestación, aspecto que, incluso, es relevante para diferenciar las actividades declaradas *servicio público* (*publicatio*) de otras actividades calificadas como de *interés general*. También se ha postulado que, sin perjuicio de las diferencias en las regulaciones sectoriales, la obligatoriedad y en la prestación garantizada es una nota común de ellas (COMADIRA).

La mirada regulatoria de los servicios públicos, por su parte, centra su análisis básicamente en el marco institucional que rige una determinada actividad y prescinde de cuestiones tales como, por ejemplo, quién ostenta la titularidad del servicio, quiénes son los sujetos encargados de su gestión, etcétera²². Desde esta perspectiva, se mencionan entre las características más salientes del servicio público la sustentabilidad, la eficiencia y la no discriminación. *Sustentabilidad* significa que el nivel de la tarifa debe permitir la cobertura de los costos económicos de prestación del servicio y que además sirva como señal para que nuevos recursos sean atraídos a la industria, de manera de asegurar el mantenimiento, la prestación futura, el crecimiento y la expansión del servicio.

En cuanto a la eficiencia, hacemos referencia a la *eficiencia asignativa* según el cual las tarifas deben reflejar los costos de producción de los servicios y a la *productiva* que se refiere a la necesidad de producir a un costo mínimo para cada nivel de servicio. La *no discriminación* importa que a ningún usuario o grupo de usuarios un tratamiento diferente de aquél que se brinde a otros que se encuentran en una situación similar.

²⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. 8, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. 401.

²¹ Por ejemplo, afirma GORDILLO, en los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc. la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de enseñanza primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones. *Ibidem*.

²² El fenómeno de las regulaciones no es idéntico al problema del estatismo. La participación directa del Estado en la economía contempla la cuestión de los agentes o sujetos del proceso económico. El debate acerca de las empresas estatales es un debate a cerca de la racionalidad de las mismas y la posibilidad de que realicen el mismo "cálculo económico" que los particulares (BUSTAMANTE, Jorge, *Desregulación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 10.)

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Los servicios públicos pueden clasificarse según distintos criterios con mayor o menor utilidad práctica. Tradicionalmente y según quién tenga a su cargo la prestación de la actividad, se distingue en servicios públicos *propios* o *impropios*. Los servicios públicos *propios* son aquellos que son prestados por el Estado sea directamente o, en forma indirecta, a través de particulares. En cambio, suele denominarse como *servicio público impropio* a aquellas actividades privadas realizadas por particulares sujetas a determinada regulación estatal encaminada a evitar abusos que perjudiquen a los particulares y/o controlar una mejor prestación de las mismas. Ejemplos de estas pueden ser el servicio de taxis, farmacias, panaderías, etcétera.

Se ha dicho también que los servicios públicos pueden ser clasificados en *facultativos* u *obligatorios* considerando si el usuario tiene o no posibilidad de elección o aceptación del mismo. Es *facultativo* en los casos que el usuario es quien decide si utiliza o no el servicio; por ejemplo, el servicio de gas, telefonía, transporte, etc.; u *obligatorios* cuando el usuario debe tomar el servicio independientemente de su voluntad o consentimiento dado que está de por medio el interés público; por ejemplo, alumbrado, barrido y limpieza que se requieren para lograr la salubridad e higiene públicas.

También pueden clasificarse en *singulares* (*uti singulis*) cuando el usuario del servicio está determinado, por ejemplo, servicio de gas, teléfono, electricidad, etc.; o *generales* (*uti universi*) cuando el usuario no se encuentra determinado; por ejemplo, defensa y seguridad, bomberos, etcétera.

VII. LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE ESTUDIO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Se discute en doctrina si es posible o no hablar de un régimen unitario de los servicios públicos en nuestro país. Por cierto que plantear un régimen unitario no importa desconocer las particularidades (técnicas, económicas y regulatorias) propias de cada actividad, adaptadas adecuadamente a tales singularidades. Sin perjuicio de ello y para indagar en esta cuestión, analizaremos brevemente los siguientes aspectos, a aspectos, a saber: a) título de acceso a la actividad; b) el régimen de bienes; c) el régimen tarifario; y d) el ente regulador o de control.

Finalmente cabe destacar que la utilidad de las clasificaciones antedichas depende, en realidad, del valor y trascendencia que en su caso puedan derivarse tanto en el plano legal (determinación del régimen jurídico aplicable) como fáctico (adecuación concreta de ese régimen a los hechos). Desde esa perspectiva y teniendo en cuenta la realidad práctica de los principales servicios públicos de nuestro país, (en los que frecuentemente se presentan casos, por ejemplo, de discontinuidad de suministro de energía, eventos de insuficiencia en servicios de transporte terrestre, ferroviario, etc.) sería conveniente, en forma complementaria a los enfoques tradicionales, pro-

fundizar en el contenido e implicancias de las notas de sustentabilidad, eficiencia y no discriminación como notas caracterizantes, tal como lo requieren los artículos 16 y 42 de la CN y los más desarrollados estudios en esta materia del derecho comparado.

1. El título habilitante²³

En nuestro sistema jurídico resulta difícil establecer criterios para diferenciar con claridad la figura de la concesión y la licencia, más aún después del proceso de privatizaciones²⁴. Un sector de la doctrina²⁵ se inclina a pensar que, en el ámbito de los servicios públicos, hace consistir la concesión, en lo esencial, en el traslado a un particular del ejercicio de competencias o facultades propias del Estado, atribuyendo, así, a aquél, un poder nuevo, pero derivado de la titularidad de éste. El concepto de licencia, por su lado, parece conveniente referirlo al acto de remoción de obstáculos al ejercicio de poderes preexistentes, lo cual, aplicado al servicio público, importa suponer la titularidad privada de la actividad a desarrollar por el licenciatario. Es la perspectiva que deriva, como ha señalado Tawil, de los derechos francés y norteamericano, respectivamente²⁶.

Otros autores, en cambio, afirman que la nota diferencial entre la figura de la concesión y la licencia debe buscarse en los elementos distintivos de los regímenes jurídicos establecidos en el proceso de privatización. Ello porque si bien los marcos regulatorios que utilizaron sendos títulos habilitantes (concesión y licencia) resultan similares; la única diferencia sustancial que exhiben es el régimen de bienes dispuesto en cada caso: en las concesiones (servicios de agua, transporte y distribución de electricidad, etc.) los bienes fueron entregados al prestador en comodato; en las licencias (transporte y distribución de gas, telefonía, etc.), en cambio, fueron entregados en propiedad.

En cuanto a la duración de la habilitación, la concesión en aguas está otorgada por 30 años²⁷, y las concesiones eléctricas²⁸ por 95 años, prorrogables por un plazo

máximo de 10 años. La licencia en materia de telecomunicaciones carece de límites temporales²⁹, salvo en lo que se refería a la exclusividad; mientras que las del gas³⁰ duran 35 años, con opción a una única prórroga de 10 años.

2. El régimen de bienes

Como señalamos, el régimen de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y desagües cloacales contempla la transferencia de los bienes al concesionario en calidad de simple tenencia³¹. De la regulación de las concesiones para el transporte y distribución de gas se desprende, en cambio, que los bienes fueron transferidos en propiedad por el Estado³², los cuales, al fin de la licencia, deben ser pagados por éste de acuerdo con el procedimiento contemplado en el contrato. En el marco de las telecomunicaciones los bienes fueron también transferidos en propiedad al licenciatario³³.

Por su parte, también resulta aplicable a estos bienes el artículo 243 del CCyC que dispone: "Bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio".

3. Los sistemas tarifarios

En materia de servicios públicos se presentan dos sistemas principales: el denominado de la tasa de retorno (*rate of return*), llamado también *cost of plus*, y el sistema de precio tope o *Price cap* denominado también *retail price index*. El primer sistema, que se utiliza en forma generalizada en los Estados Unidos, consiste en establecer la utilidad del prestador como un porcentaje medido sobre el total del capital invertido. El segundo, empleado en las privatizaciones llevadas a cabo en el Reino Unido, implica el establecimiento, por parte del Ente Regulador, de un precio o índice de éstos, que podrá percibir el concesionario como retribución por la prestación del servicio. Este último sistema se ha empleado en nuestro país para los sistemas de gas, electricidad, telecomunicaciones, etcétera³⁴.

²³ Un análisis detallado de los títulos habilitantes posibles y utilizados en las privatizaciones llevadas a cabo en nuestro país puede verse en MATA, Ismael, *Ensayos de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, ps. 509 y ss.

²⁴ TAWIL, Guido S., "A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas", RAP, n° 252, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, ps. 18 y ss; para MARIENHOFF, la licencia es una figura jurídica híbrida, ambigua, de contornos imprecisos, que fluctúa entre la concesión y el permiso, acercándose más al permiso (MARIENHOFF, Miguel S., Los privilegios... art. cit., pto. V, p. 331).

²⁵ COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*... ob. cit., ps. 601 y ss.

²⁶ TAWIL, Guido S., *A propósito del proyecto*... art. cit., p. 20.

²⁷ Contrato de concesión: Capítulo I, numeral 1.1.

²⁸ Resolución SEE 170/92, Anexo I, Contrato de concesión de Edenor: arts. 3° a 6°; Contrato de concesión de Transener S.A.: arts. 3° a 6°

²⁹ Arts. 21, decreto 1185/90; y 4.1., Anexo I, decreto 764/00.

³⁰ Arts. 5° y 6°, ley 24076; y 6°, Anexo I, decreto reglamentario 1738/92.

³¹ Contrato de concesión: numeral 6.9.2.

³² Según surge del llamado a concurso público nacional e internacional para la privatización de la actividad de distribución y comercialización a cargo de SEGBA, y del pliego aprobado por Resolución ME y OSP 591/92, Anexo I del 14/7/92, numeral 11.6; opina en este mismo sentido, Nidia Karina Cicero en Servicios públicos. Control y protección., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, ps. 58/59; ver, también el Contrato de concesión a Edenor: Art. 12; Contrato de concesión a Transener S.A.: art. 12.

³³ Decreto 62/90, Anexo I, Pliego de bases y condiciones: Capítulo XIII, pto. 13.11.1. a 13.11.3.

³⁴ BIANCHI, Alberto, *La Regulación Económica*, t. I, Abaco, Rodolfo Depalma, p. 31.

En referencia al sistema de costos de servicio, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maruba”³⁵, el derecho del concesionario, antes que a un determinado precio o cuadro tarifario, consiste en una “tasa de retorno razonable”, de donde se deriva, entonces, que la Administración está habilitada para alterar los cuadros tarifarios en la medida en que la “tasa de retorno” continúe siendo “razonable”. Por su parte, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal³⁶ ha identificado los principales lineamientos de este modelo regulatorio señalando que “*en este caso, en lugar de fijar tarifas máximas se establece una tasa de beneficio máxima. Si es superada, se obliga a las empresas a bajar las tarifas; si no es alcanzada, se les permite incrementarlas*”. También ha señalado, en relación al sistema de precios tope o *price cap* que “[...] lo que resulta novedoso en la regulación es el hecho de que la gestión de la actividad de la concesionaria sea cuestión de su exclusiva competencia, desplazándose los controles del Estado respecto del concesionario hacia el resultado de la gestión en vez de a su desenvolvimiento [...]”; agregando luego que “[...] la fiscalización del Ente [...] sólo se limita a un resultado [...] Por tal motivo, el modo como el concesionario obtiene el cumplimiento de los niveles de calidad exigidos en la reglamentación así como las decisiones relativas a las inversiones a realizar, personal a emplear, medios de financiación y demás recursos, son... de resorte exclusivo de los concesionarios”

4. Los entes reguladores. Descripción. Naturaleza y régimen jurídico

La experiencia normativa comparada indica que la prestación y la regulación deben asignarse a sujetos distintos, a lo que debe agregarse que la administración pública, además de su posición ordenadora y de control, suele funcionar como árbitro de los intereses comprometidos en las relaciones otorgante prestador; prestador-usuario y, eventualmente, otorgante-usuario.

En Inglaterra el modelo de organización de las agencias reguladoras es el adoptado para el *Office of Telecommunications* (OFTEL), el que a su vez inspiró a los *Office of Water Services* (OFWAT) y *Office of Electricity Regulation* (OFFER): se trata de unidades de la administración central que carecen de personalidad jurídica y están conducidas por un funcionario no político (por esta razón se los llama departamentos “no ministeriales” del gobierno)³⁷.

Por su parte, en la experiencia de los Estados Unidos el principio inspirador de las *Independent Regulatory Commissions* es crear una administración técnica, independiente y sustraída de las alternativas de la vida política. El arquetipo es la *Federal Reserve* en materia de regulación monetaria y bancaria y el modelo se utiliza en el control de los servicios públicos (*public utilities*).

En nuestro país la política también ha sido separar la prestación del servicio y el control sobre el mismo, encomendándose este último a autoridades o entes reguladores que fueron creados simultáneamente con la puesta en marcha de los procesos de privatización y sus posteriores reformas. Tales son los casos del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS)³⁸, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)³⁹ (CNC), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS)⁴⁰. En el ámbito de la Provincia de Córdoba fue creado el ERSEP para los servicios públicos que se prestan en el ámbito provincial y sujetos a su jurisdicción⁴¹.

Las características básicas de las nuevas entidades pueden resumirse del siguiente modo:

- a) La mayoría de los entes fueron creados por ley del Congreso y uno por decreto (ENACOM). Esta diferencia responde a circunstancias políticas vigentes al momento de cada privatización sectorial.
- b) En armonía con el texto constitucional, los entes reguladores poseen como cometidos principales regular el servicio y controlar su prestación.
- c) Las competencias que poseen se encaminan, además, al logro de los siguientes objetivos, protección de los derechos de los usuarios; tarifas justas y razonables; aseguramiento de la calidad, continuidad, regularidad, generalidad, igualdad y eficiencia de los servicios; fomento de las inversiones; expansión de los sistemas y promoción del carácter universal de ciertos servicios, etcétera.
- d) Los objetivos enunciados en los marcos regulatorios deben ser cumplidos todos, de modo integrado y armónico, pues importaría una distorsión hermenéutica y, consiguientemente, funcional, pretender la primacía de unos sobre otros.
- e) Los entes tienen otorgada en forma expresa o implícita la personalidad jurídico pública propia de la autarquía.

³⁵ Corte Sup., 30/06/1998, “Maruba SCA Empresa de Navegación Marítima v. Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante”, Fallos 321:1784.

³⁶ CNFed. Cont. Adm., Sala V, “Central Térmica Güemes S.A.” del 0/12/2002, (Revista quinquenal de tarifas de transporte de energía eléctrica por alta tensión).

³⁷ Pese a su pertenencia orgánica a la administración centralizada las agencias reguladoras británicas gozan de gran autonomía funcional, ya que contratan su personal y manejan recursos propios.

³⁸ El ERAS es un organismo autárquico e interjurisdiccional de derecho público y privado. Fue creado por el Convenio Tripartito suscrito el 12 de octubre de 2006 entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado como Anexo 1 de la Ley 26.221 (B.O.28/02/07).

³⁹ El ENACOM fue creado mediante Decreto N° 267/2015 del 19 de diciembre de 2015. Es un ente autárquico y descentralizado que funciona en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros y se encarga del cumplimiento de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y de la Ley 27.078 Argentina Digital – conocida como Ley de Telecomunicaciones.

⁴⁰ La normativa de creación de estos entes se refiere en la nota al pie 13 y siguientes.

⁴¹ Ley 8.835 (B.O. 28/03/2000).

f) Tienen recursos propios, proyectan su presupuesto y perciben una contribución de fiscalización que abonan los actores usuarios del sistema.

g) Las normas de creación los sujetan al sistema de control de la ley de administración financiera a la que está sujeto todo el sector público nacional.

h) En todos ellos concurre la atribución de facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdiccionales con alcances variables.

i) Su condición está a cargo de un órgano colegiado llamado "directorio". Si bien la Constitución reformada no exige que los consumidores, usuarios y provincias interesadas tengan representación en los órganos directivos de los entes, si requiere, al menos, su integración al organismo.

j) Las normas contemplan cláusulas que, formalmente, pueden contribuir a la idoneidad técnica de sus cuadros y a la independencia funcional del organismo. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el poder político en no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política. (Comadira)

k) Las decisiones del directorio son actos administrativos recurribles por la vía de la alzada y los alcances del control—administrativo y/o judicial—son los propios de esta clase de recursos.

l) Su personal no directivo está sujeto al régimen del contrato de trabajo.

m) Resuelven controversias vinculadas al servicio entre particulares (actores y usuarios), sea en forma obligatoria para los actores (ENRE, ENARGAS) u optativa para todos los interesados (ERAS). Los entes reguladores ejercen actividad jurisdiccional en los términos definidos por la Corte Suprema (causa "Ángel Estrada"). Esta, sin embargo, le ha desconocido al ENARGAS, las garantías de neutralidad e independencia propias de un Tribunal Administrativo (causa "Litoral Gas"). Al respecto, remitimos al capítulo de concesión de servicios públicos que trataremos estos fallos más en detalle.

Como se advierte, las regulaciones sectoriales están lejos de responder a un criterio uniforme respecto del significado del servicio público. Por esa razón, en todos los casos deberá estarse a los principios y soluciones legales establecidas en los diferentes regímenes jurídicos, sin perjuicio de los aportes que surgen de la teoría de la regulación pública de esas actividades. En el cuadro N° 1 que obra al final del capítulo puede verse una síntesis de los aspectos tratados en este apartado.

VIII. EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR PARTE DE LOS ENTES REGULADORES

El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los entes reguladores es uno de los temas de mayor debate en el ámbito del derecho público debido a su inci-

dencia práctica y sobre todo, sus implicancias en torno al principio de división de poderes propio de nuestro Estado de Derecho. En efecto de lo que se trata de establecer es si cualquier ente u organismo que integra la organización administrativa puede ejercer la potestad de resolver conflictos entre las personas y, en su caso, bajo qué circunstancias o con qué alcances.

El debate se presenta en torno a las potestades que otorgán los marcos regulatorios sectoriales a los Entes Reguladores para resolver los conflictos que se susciten entre los sujetos de una industria determinada (por ejemplo, entre prestadores, usuarios, terceros, etc.) con motivo o en ocasión de la prestación del servicio público⁴². La cuestión estriba en indagar si el otorgamiento de estas potestades a los entes reguladores de los servicios públicos (que, como sabemos, forman parte de la organización administrativa del Estado) resulta constitucionalmente válida frente al principio de división de poderes; o, dicho de otra manera, si la disposición de los marcos regulatorios que señala que "[...] todo conflicto que se suscite entre los sujetos de la industria y que verse sobre los servicios públicos debe ser resuelto por el Ente Regulador [...]" resulta compatible frente al art. 116 de la CN que dispone que "toda causa sobre los puntos regidos por esta Constitución (entre las que se encuentran, por cierto, las referidas a los servicios públicos según el art. 42 de la CN) corresponde al Poder Judicial". En definitiva, se trata de indagar si la jurisdicción que corresponde a los jueces posee fundamento constitucional y no es de base legal, como pareciera desprenderse de algunas interpretaciones.

Hemos visto al respecto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre pronunciamiento "Fernández Arias c/ Poggio" admitió el ejercicio de esa clase de funciones por parte de una Autoridad administrativa en la medida en que exista posteriormente la posibilidad de un control judicial suficiente sobre lo resuelto en esa sede. En el considerando 19 del voto de la mayoría de este pronunciamiento se expresó que: "[...] control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios, b) negación a los jueces administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa privándose voluntariamente de la judicial (doctrina de fallos t. 205; p. 17; t. 245, p. 351). La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en la inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas [...]" (Fallos 2247:646)⁴³.

⁴² En tal sentido, art. 65 ley 24.076 (marco regulatorio del gas), art. XX, ley 24.065 (marco regulatorio de electricidad), art. XX, ley 8835 (Ley Carta del Ciudadano que crea el ERSeP), etc.

⁴³ Si bien en "Fernández Arias" el Máximo Tribunal señaló que el control judicial suficiente supone, al menos, una instancia judicial de revisión de los hechos y el derecho, en las causas "López de Reyes"

Más cerca en el tiempo, el Máximo Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse nuevamente sobre esta cuestión en el renombrado caso "Ángel Estrada"⁴⁴ que versó sobre una controversia suscitada en la industria eléctrica con motivo de los daños producidos a los usuarios del servicio público como consecuencia de los prolongados cortes o suspensión de los servicios de electricidad.

En el caso "Ángel Estrada", la Corte Suprema de Justicia de la Nación examinó la constitucionalidad de las facultades del Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE) para dirimir controversias de contenido patrimonial suscitadas entre usuarios y prestadores del servicio público. Este caso se suscitó en el marco de un apagón que afectó a los clientes de la prestadora Edesur S.A. y entre ellos al Sr. Ángel Estrada. Dado que las indemnizaciones previstas en el contrato de concesión no alcanzaban a reparar la totalidad de los daños sufridos por Ángel Estrada y que la prestadora se negaba a abonar importes mayores de los previstos en Reglamento de Suministro de la concesión — criterio que fue avalado por el ENRE —, el afectado recurrió al Poder Judicial reclamando la integralidad de los daños irrogados en los términos del derecho común. La Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en fallo dividido, rechazó el reclamo indemnizatorio con el alcance amplio pretendido, convalidando las facultades del Ente Regulador para resolver al respecto, criterio que fue finalmente desestimado por el Máximo Tribunal de la Nación.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia estableció que el principio constitucional de defensa en juicio previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional y la prohibición de ejercer funciones judiciales en los términos del artículo 109 de la CN, quedan a salvo siempre y cuando (i) "los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley", (ii) "su independencia e imparcialidad esté asegurada", (iii) "el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución — nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable"

y "Ojeda", relativizó los alcances de tal principio cuando la cuestión resuelta por la administración se rige por el derecho público calificada, además por el carácter técnico de la cuestión y del órgano interviniente. En tales casos, señaló la Corte Suprema de Justicia, la revisión fáctica resulta excepcional a diferencia de lo que ocurría si un conflicto entre partes privadas se rige por el derecho privado, en cuyo caso dicha revisión es plena — como en "Fernández Arias" —. En efecto, en la causa "Ojeda" — que versaba sobre el alcance del control judicial respecto a las determinaciones de hecho realizadas por el Tribunal Administrativo de la Navegación —, tanto el Procurador General como el Máximo Tribunal, con remisión a "López de Reyes" consideraron que la exigencia del control judicial suficiente de la actividad administrativa — en el caso jurisdiccional — necesitaba ser armonizada con ciertas circunstancias y factores de lo que se concluyó que se trataba de un pronunciamiento eminentemente técnico sobre hechos acaecidos y del que solo cabía apartarse — en ese aspecto fáctico — mediando razones de grave entidad.

⁴⁴ CSJN, "Ángel Estrada y cía S.A. c/ Resolución N° 71/96- Secretaría Energía y Puertos (Expediente N° 750-002119/96)", del 5/4/2005.

y (iv) "sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente" (Fallos 328:651).

La Corte Suprema de Justicia consideró que "[...] no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie será tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas [...]" (cfr. considerando 14, fallo cit).

CASSAGNE escribió sobre este fallo que "[...] mientras se mantenga esta jurisprudencia, se ha cerrado bastante el camino que algunos pretenden abrir para crear tribunales administrativos que entiendan, con competencia establecida como cláusula general, en los litigios administrativos (así como parece haberse cerrado totalmente la posibilidad de habilitar a estos tribunales de controversias entre particulares, reguladas por el derecho común [...])"⁴⁵. Es que, como puede cotejarse, mientras que el criterio del voto de la mayoría en el fallo "Fernández Arias" resultaba permisivo respecto del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración pública, esa posibilidad se restringe sustancialmente en "Ángel Estrada" pues aquí se reivindica decididamente el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial en los términos del art. 109 y 116 de la CN.

Posteriormente al fallo de la Corte Suprema recaído en la causa "Ángel Estrada" se emitieron diversos precedentes que guardaron sustancial analogía con lo allí resuelto y que, sin embargo, suscitaron pronunciamientos diversos por parte de las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, razón por la cual ésta debió emitir un fallo plenario con el propósito de zanjar, de alguna manera, las diferentes interpretaciones. En efecto, mientras que en algunos casos en los que los usuarios afectados por los cortes de energía eléctrica reclamaban por los daños y perjuicios derivados de esos cortes se remitió a lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa "Ángel Estrada", en otros casos, en cambio, se interpretó que establecido el incumplimiento contractual de la distribuidora por parte del ENRE,

⁴⁵ CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, p. 45.

la determinación del valor del daño emergente consistente en un objeto determinado no hace invadir al ente regulador la función del Poder Judicial, toda vez que se trata de un dato de conocimiento simple: cuánto vale en el mercado el artefacto (o su reparación) de acuerdo con la calidad y/o marca; por el contrario, todo aquello que exceda el daño emergente—entendido como el resarcimiento de la cosa misma afectada—debe ser dilucidada en sede judicial⁴⁶. Nótese la distinción realizada de estos últimos pronunciamientos: si de lo que se trata para resolver el reclamo del usuario es establecer el daño emergente mediante un juicio de conocimiento simple, la resolución del caso corresponde al Ente Regulador. En cambio, si para atender al reclamo es necesario establecer, además del daño emergente, también el lucro cesante—para lo cual es necesario un juicio de valor más complejo—, el asunto debe ser resuelto por el juez competente.

En el fallo plenario dictado en la causa “Edesur”⁴⁷ por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, se debatió la validez constitucional de las facultades del Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE) para disponer que las distribuidoras están obligadas a indemnizar a los usuarios el valor de reposición de los objetos dañados por deficiencias en la calidad técnica de suministro energético en los términos del artículo 72 de la ley 24.065.

El voto de la mayoría, que se inclinó por la validez constitucional del ejercicio de las funciones por parte del Ente Regulador, señaló que, a diferencia de lo sucedido en el caso “Angel Estrada”, en el que se había reclamado una indemnización de lucro cesante, sólo se demandó el pago del daño emergente (reparación del objeto dañado) con fundamento en el artículo 3°, inc. e del Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica, el cual conforma un tipo de reclamo que el ente regulador viene resolviendo desde su inicio en defensa de los derechos de los usuarios del servicio público y sin ningún tipo de apelación judicial por parte de la empresa distribuidora.

En el fallo también se argumentó que “Una vez establecido el incumplimiento contractual de la distribuidora por parte del ENRE, la determinación del valor del daño consistente en un objeto determinado, no hace invadir al ENRE la función judicial, dado que se trata de obtener un dato de conocimiento simple: cuánto vale en el mercado el artefacto de acuerdo a su calidad y marca. El ciclo del ejercicio de esa competencia y jurisdicción se completa con la facilitación al usuario de un título que reconoce su derecho y que lo libera de un proceso de conocimiento para su convalidación judicial, en caso que la Distribuidora no se avenga

⁴⁶ Causa “Edesur S.A. v. Ente Nacional Regulador de la Energía”, sala 2 C. Nacional Contencioso Administrativo Federal”, 26/02/2009.

⁴⁷ Causa “Edesur S.A. c. Resolución 361/05 ENRE—RS 568 SE” sentencia del 13/07/2011, LL011-E, 360-DJ.23/11/2011, p. 74.

a su pago en sede administrativa” y que “Las Distribuidoras de electricidad habían prestado oportunamente su acuerdo para que el “ENRE tuviese la facultad jurisdiccional, toda vez que el Reglamento de Suministro forma parte del Pliego de Bases y Condiciones del Contrato de Concesión”.

Asimismo y aludiendo a un argumento de sustancial gravitancia que había sido expuesto en PTN, dictámenes 256:358, el voto mayoritario afirmó que “Si no se interpretara el fallo aplicando un criterio de razonabilidad, se estaría considerando que ese pronunciamiento es adecuado para que cada persona a que se le afecte un aparato eléctrico, a causa del suministro deficiente por parte de la empresa prestadora de energía deba promover un pleito para obtener el resarcimiento por el valor de reposición de aquel objeto dañado. La falta de razonabilidad de ese artefacto sería tan evidente que hace innecesario exhibirse en detalle para demostrarlo”.

La opinabilidad del tema queda puesta de relieve por los sólidos argumentos del voto de la minoría de este fallo plenario que integraron los Dres. Jorge E Morán y Pablo Gallegos Frediani quienes entendieron que el ENRE es incompetente para expedirse sobre la responsabilidad de la Distribuidora, y también lo es para fijar resarcimientos por daños y perjuicios a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Angel Estrada”. En esta causa, afirman estos magistrados, el Alto Tribunal determinó que el ENRE no puede fijar indemnizaciones por daños ocasionados por interrupción del servicio eléctrico ya que no tiene competencia para dirimir reclamos de daños y perjuicios planteados por los usuarios con sustento en el derecho común⁴⁸. También consideraron que si se atribuye esa competencia al ENRE se incurre en un avasallamiento que afecta el principio de división de poderes y que el dictamen de la PTN que invoca la mayoría realiza una distinción que no surge del fallo del Alto Tribunal ni de las normas aplicables al caso⁴⁹.

Posteriormente, el Máximo Tribunal emitió el “Edesur S.A. c/ Resol. AU 380/2005, RRAU 1712/2005 y SE 1569/2006”, en el cual revocó las mencionadas resoluciones que hacían lugar al reclamo del usuario, por considerar que el ENRE—y la SE) había excedido las facultades que le asigna competencia jurisdiccional establecida en el artículo 72 de la ley 24.065, reiterando la doctrina fijada en el caso “Angel Estrada” por la que dicha competencia no comprende la resolución de controversias donde corresponda la aplicación del “derecho común” (entendiendo por éste al derecho civil o comercial), que es el aplicable en los casos de daños.

⁴⁸ Ver consid. 1 fallo plenario cit.

⁴⁹ Ver consid. 5 y 6 fallo plenario cit.

A este respecto cabe decir que, efectivamente, la doctrina que surge de ambas sentencias de la Corte Suprema es que, la resolución de reclamos por daños y perjuicios, excede la competencia jurisdiccional del ENRE.

Sin embargo, este fallo de la Corte Suprema que, como se dijo, ratifica la falta de competencia del ENRE y se apoya en la doctrina del fallo “Ángel Estrada”, nada menciona respecto de la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor del año 2008.

Cabe consignar que, en la causa “Edesur S.A. c/ Resolución 336/12 ENRE” la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Ferial, el 21 de abril de 2015 (después del fallo de la Corte) dictó sentencia, expidiéndose concretamente sobre la procedencia de la aplicación de las normas de la ley de defensa del consumidor según el nuevo texto, admitiendo la intervención del ENRE en la determinación de la fijación de daños en forma genérica, por los eventos ocurridos durante octubre y noviembre de 2012 y que diera lugar a la emisión de la Resolución ENRE N° 336/12. Si bien esta sentencia se encuentra apelada por EDESUR ante el Alto Tribunal, éste aún no se ha expedido concretamente sobre la procedencia o improcedencia de la aplicación de la nueva normativa de defensa del consumidor, en relación a la actividad de los entes reguladores.

Por último vale decir que por la ley 26.993 se establecieron las autoridades y casos que quedan comprendidos en lo que se llamó el “sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”. Como órganos de aplicación de este sistema, se creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), y en caso de que con su intervención no se llegare a un acuerdo, el tema pasa optativamente por la Auditoría en las Relaciones de Consumo (organismo administrativo que debe funcionar en ámbito del Ministerio de Economía), o a los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo (nuevo fuero judicial que se crea por esta ley). Tanto las resoluciones del órgano administrativo (auditores) como judicial (jueces), son apelables ante la nueva Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo. En lo que hace a los casos comprendidos en los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, son aquellos cuyos montos no excedan de un valor equivalente al de cincuenta y cinco (55) Salarios mínimos, vitales y móviles.

IX. PARTICIPACIÓN DE USUARIOS, CONSUMIDORES Y PROVINCIAS EN LOS ENTES REGULADORES

El artículo 42, último párrafo, de la Constitución reformada determina que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia na-

cional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Es de destacar que algunas de las regulaciones sectoriales, por ejemplo la del gas⁵⁰, electricidad y telecomunicaciones⁵¹, previeron algunos mecanismos tendientes a asegurar esa representación. Sin embargo, una característica de los entes reguladores en la cuarta etapa a la que nos referimos en el apartado anterior, consistió en que fueron intervenidos administrativamente en forma sucesiva, lo cual aleja, en la práctica, el vigencia del principio de representación al que aludimos.

La Constitución Nacional no exige, ciertamente, que los consumidores, usuarios y provincias interesadas tengan representación en los órganos directivos de los entes. Empero, sí requiere, necesariamente, su integración al organismo. Por tal motivo, debiera instrumentarse la participación de los representantes de los usuarios en forma más activa, como así también deberían hacer lo propio con las provincias interesadas, en cuanto tales⁵².

Finalmente es importante destacar que el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1172/03, relativo a la mejora de la calidad de la democracia y de sus instituciones, en virtud del cual aprobó, entre otros reglamentos, como Anexo VIII el “Reglamento General de Reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos” que reconoce como objeto regular el mecanismo de las reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos y establecer el marco general de su desenvolvimiento.

X. LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS

1. Concepto

La Real Academia española define la palabra “audiencia” como el “acto de oír a los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa⁵³. El carácter de “públicas”, se ha sostenido, se presenta en un doble sentido. En primer lugar, por la publicidad y transparencia que conlleva todo procedimiento y, en segundo término, por la posibilidad de acceso y participación a través

⁵⁰ Art. 50, último párrafo, ley 24.076.

⁵¹ Art. 58, ley 24.065; y art. 17, decreto 1185/90.

⁵² PÉREZ HUALDE señala que las propias provincias son responsables, en el alguna medida – por falta de interés político e institucional – por ausencia de representación y participación en los entes reguladores nacionales (cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las Provincias”, *Suplemento Constitucional LL*, febrero 2010).

⁵³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española Vigésimo Segunda Edición.

de la oralidad que caracteriza el mismo, del público en general y de todos los sectores interesados que sean reconocidos como parte⁵⁴.

En ese marco, podría definirse a la audiencia pública como el procedimiento administrativo llevado a cabo por y ante el órgano administrativo competente, encaminado a viabilizar la participación útil de la ciudadanía y/o recabar los elementos que se estimen de los interesados o afectados previo a la adopción de una determinada decisión administrativa.

En la actualidad casi la totalidad de las reglamentaciones sectoriales regulan el procedimiento de las audiencias públicas tanto a nivel nacional como local. Así por ejemplo, en Ente Nacional Regulador del Gas⁵⁵, Ente Nacional Regulador de Electricidad⁵⁶, Telecomunicaciones⁵⁷ y, en nuestra Provincia de Córdoba, en el ámbito del Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSeP)⁵⁸, entre otros. Cabe consignar que el decreto 1172/03 ha aprobado un reglamento para la celebración de audiencias públicas que, dado su amplio contenido y naturaleza, tomaremos como referencia para el desarrollo de los párrafos siguientes.

2. Etapas. Trámite

Las etapas principales del procedimiento de audiencia pública pueden clasificarse en 1) la preparatoria o preaudiencia, que constituye la fase inicial en la cual el funcionario designado instructor se encarga de realizar todos los trámites previos a la realización de la audiencia, resolver sobre la admisión de las partes; ordenar las presentaciones realizadas por los sujetos intervinientes, etc. 2) desarrollo de la audiencia, etapa en la que quien la preside el acto recaba todas las presentaciones y manifestaciones vertidas por quienes válidamente se encuentran autorizados para el uso de la palabra y/o producir la prueba pedida por la parte o introducida de oficio y 3) etapa final, en la cual culmina la tarea del instructor con un informe final respecto de las

⁵⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.II, Buenos Aires, 1998, p. 10, citado por FONROUGE, Máximo J., "Las audiencias públicas", en AAVV, *Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1999, Buenos Aires, p. 312.

⁵⁵ Resolución ENARGAS N° 2756/2002 (21/11/2002).

⁵⁶ Resolución ENRE 39/94 (09/05/1994). Cabe señalar que en el ámbito del ENRE existe un procedimiento de audiencia pública particular para el caso de resultar aplicable en caso de materia sancionadora (p.ej. art. 73 de la ley 24.065-, el que se encuentra previsto en el Reglamento para la Aplicación Sanciones, aprobado por Resolución ENRE N° 23/1994).

⁵⁷ Aprobado por Resolución SC N° 57/96 (BO 3/9/96).

⁵⁸ El artículo 20 de la ley 8835, que se encuentra incluido en el capítulo 3 denominado "Derechos de los usuarios de los servicios públicos", determina que la autoridad regulatoria podrá convocar a audiencias públicas. Conforme lo establecido en el artículo 25 de la ley 8835, el ERSEP emitió la Resolución General Número tres (28/08/2011) que aprueba, como Anexo "A" el Reglamento General de Consultas de Opinión y como Anexo "B" el Reglamento General de Audiencias Públicas.

cuestiones propuestas y de las pruebas admitidas para elevar a la autoridad administrativa respectiva (ej. Directorio del Ente, funcionario público, etcétera).

Los actos realizados en el transcurso de la audiencia pública no son, en principio, recurribles aunque sí lo son las decisiones que adopte posteriormente la Autoridad administrativa según las respectivas normativas de procedimientos.

3. Principios generales

Los principios generales que rigen el procedimiento de la audiencia pública son coincidentes con los dispuestos en la ley 19.549 (debido proceso, informalismo, instrucción de oficio y economía procesal, entre otros), a los que cabe agregar los de publicidad, oralidad, contradicción, inmediatez y participación, que caracterizan este tipo de procedimientos. En particular, se ha recalcado que las audiencias públicas importan una revalorización del procedimiento previo.

En efecto, el Reglamento de Audiencias Públicas aprobado por el citado Decreto 1172/03, puede contribuir a la utilidad de éstas en tanto impone a quien toma la decisión la obligación de fundarla y de explicar de qué manera ha tomado en cuenta las explicaciones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza⁵⁹.

En algunos supuestos estas audiencias pueden ser previas a la resolución de una controversia específica; en otros, en cambio, el recaudo aparece impuesto por la conveniencia de valorar, antes de la decisión o del dictado de un acto de alcance general, opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de éste.

En cualquier caso, la audiencia revela un redimensionamiento de la significación de la vertiente dinámica de la función administrativa, en su relación con la importancia del acto en tanto manifestación estática de aquélla⁶⁰.

El componente judicialista y garantístico del "debido proceso adjetivo" en sede administrativa, se complementa, así, con los aspectos colaborativos y participativos del procedimiento, pues éste no sólo es medio de defensa del particular y, en todo caso, de autocontrol administrativo⁶¹ sino también instrumento de colaboración y

⁵⁹ V. gr.: arts. 46, segundo párrafo, 47, 67, y 68, ley 24076 -Gas- y 65/70 (acápito 9) de su reglamentación (decreto 1738/92); 46, 48, 73 y 74, ley 24065 -Energía Eléctrica-; art. 30, inciso b), del decreto 1185/90.

⁶⁰ Sobre el tema de las audiencias públicas, se puede ampliar con: USLENGHI, Alejandro, *Audiencias Públicas*; HUNCI, Héctor, *El documento de consulta como una forma especial de la Audiencia Pública*; FONROUGE, Máximo, "Las audiencias públicas", en *Procedimiento Administrativo*, ob. cit., ps. 295 y ss; 305 y ss; 312 y ss, respectivamente.

⁶¹ Sobre los principios generales del procedimiento administrativo y, en particular, el sentido tuitivo del "debido procedimiento previo a todo acto administrativo", ver, COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, ob. cit., comentario art. 1°, ps. 48 y ss, especialmente 62/64.

participación de interesados. En la misma línea axiológica cabe ubicar la exigencia de publicación de los proyectos de reglamentos o de sus bases, antes del dictado de ellos⁶².

De todos modos las audiencias públicas de nada sirven, como afirma J. Comadira, si la autoridad competente para resolver no valora adecuadamente las opiniones en ellas expuestas, explicando, en su caso, por qué no las toma en cuenta. Es ésta una exigencia que sí aparece, ahora, en el Reglamento de Audiencias Públicas aprobado como anexo I por el ya citado Decreto 1172/03.

4. ¿Acto discrecional o reglado?

Los regímenes en estudio regulan la realización de audiencias públicas, como requisito obligatorio o discrecional previo a la adopción de ciertas decisiones de los entes. Al respecto, se ha postulado doctrinariamente la tesis que los entes reguladores de los servicios públicos no se encuentran limitados a convocar a audiencia pública en los casos preceptivamente impuestos por las leyes o reglamentos aplicables, sino que tendrían la obligación de observar este procedimiento en todos los casos en que fuera necesario prever el derecho de defensa de los afectados por la decisión que se adopte⁶³. En ese sentido, en un renombrado precedente la Cámara Contencioso Administrativo señaló que en el artículo 42 de la Constitución vigente se otorga a los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada⁶⁴ a través del procedimiento de audiencia pública⁶⁴.

XI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. EL ERSeP

La Constitución de la Provincia de Córdoba, a diferencia de la Constitución Nacional que mantiene una posición neutra sobre la titularidad del servicio, dispone en el artículo 75 que los servicios públicos corresponden originariamente, según su naturaleza y características, a la Provincia o a los Municipios; y que éstos pueden prestarse directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta,

y por particulares. También dispone que en el control de su prestación participen los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas.

En ese marco, a partir del año 2000 se sancionaron un conjunto de leyes que se refieren a los servicios públicos, a saber: la ley 8835 denominada “carta del ciudadano” y la ley 8836 sobre la “modernización del Estado”, y la ley 8837, relativa a la “incorporación del capital privado al sector público”⁶⁵.

Mediante la ley provincial 8835 se regulan en el capítulo 3 los derechos de los usuarios de los servicios públicos. Allí se prioriza la prestación de los servicios de acuerdo a niveles de calidad y eficiencia, el control y participación de los usuarios (art. 15).

En el artículo 18 se instruye la Asociación de Usuarios, que entre otros cometidos representa a éstos e la defensa de sus derechos y con el objeto de participar en el control de la prestación de los servicios.

El capítulo 4 crea el ERSeP, Ente Regulador de Servicios Públicos, un organismo de carácter autárquico dependiente del Ministerio de Transporte y servicios Públicos de la Provincia de Córdoba⁶⁶ al cual le corresponden, en general, las mismas características que las señaladas en el apartado anterior para todos los entes, sin perjuicio de lo cual presenta algunas particularidades como veremos a continuación.

La función del ERSeP es regular y controlar los siguientes servicios públicos provinciales: agua potable, energía eléctrica, transporte interurbano de pasajeros, concesiones edilicias la Red de Accesos a Córdoba y aquéllos que disponga el Poder Ejecutivo Provincial. Se excluyen, por su parte, de la órbita del ERSeP los servicios públicos de carácter nacional o municipal (artículo 22 ley citada).

El ERSeP recepta y tramita los reclamos de los usuarios de dichos servicios públicos tanto en su sede central de Córdoba capital, como en los Centros de Atención de Usuarios situados en distintas ciudades del interior de la Provincia de Córdoba. Las resoluciones del ERSeP causan estado y agotan la vía administrativa.

Sus funciones, competencias y atribuciones se encuentran detalladas en el capítulo cuarto de la ley 8835 y son similares a las de este tipo de entes según lo expresa-

⁶² El ya referido decreto 1172/03 aprobó como Anexo “E” el “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas” cuyo objeto es, según él mismo consigna, regular el mecanismo de “Elaboración Participativa de Normas” y establecer el marco general para su desenvolvimiento. Así, a lo largo de tres capítulos prevé las Disposiciones Generales (Capítulo I); la Etapa Inicial (capítulo II) y la Etapa Final (Capítulo III).

⁶³ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*... ob. cit., t. X, p. 12.

⁶⁴ Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala 4, in re, “Youssefian, Martín/ Sec. de Comunicaciones, del 6/11/1997, cons. V, 3er. Párrafo.

⁶⁵ La doctrina ha criticado la técnica legislativa empleada en el entendimiento de que las disposiciones sobre la temática se encuentran desperdigadas, pudiendo haber sido sancionado en un texto único a efectos de evitar desorientación de los operadores jurídicos (cfr. AGÜERO PINERO, Regulación y control de los servicios públicos en la Provincia de Córdoba, Revista Foro de Córdoba, N° 80, p. 26 y ss.

⁶⁶ El artículo 21 dispone la creación del Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSeP) en el ámbito del Poder Ejecutivo Provincial, jurisdicción del Ministerio de Obras Públicas, que tendrá carácter de organismo autárquico, con personalidad jurídica de derecho público del Estado Provincial y capacidad para actuar pública y privadamente, individualidad financiera y patrimonio propio. Se dará su organización interna de acuerdo con la presente Ley.

do en el apartado anterior. Una particularidad al respecto reside en que el art. 24 de dicha ley⁶⁷ especifica dentro de la función reguladora a la actividad de resolver conflictos, es decir la tipifica como actividad administrativa, en línea con los últimos precedentes jurisprudenciales.

El directorio del ERSeP está conformado por seis miembros con mandato por cinco años pudiendo ser reelegidos por única vez. La particularidad es que dichos miembros son elegidos por representación política de todas las fuerzas involucradas.

En coincidencia con la ley provincial 8836 de modernización del Estado, en su artículo 46—al tratar el tema de los servicios públicos—, dispone que los prestadores públicos y privados estarán sometidos al contralor de ERSeP creado por la Ley de Carta del Ciudadano⁶⁸ en el cual, como establece el artículo 75, deben participar los usuarios según lo establecen las leyes u ordenanzas respectivas⁶⁹. Esta misma ley 8836, acogiendo a la tendencia de fortalecer al Estado en el control y regulación de los servicios y habilitar a los particulares su gestión, establece que es atribución del Poder Ejecutivo con aprobación legislativa posterior, incorporar capital privado, desregular y monopolizar y/o dar en concesión, licencia u otro título habilitante lo servicios, funciones u obras cuya gestión se encuentre a cargo de entes u organismos públicos.

La ley 8837 sobre la “incorporación de capital privado al sector público” dispone en el título II el cambio de los modelos de gestión, previendo disposiciones sobre la incorporación de capital privado en forma total o parcial en las empresas, sociedades o establecimientos pertenecientes al Estado Provincial, aún mayoritariamente.

Las modalidades previstas de incorporación de capital privado en las entidades declaradas “sujetas a incorporación de capital privado” son las siguientes: a) venta de los activos; b) venta de acciones o cuotas partes del capital social; c) venta, locación o administración de las que estén en funcionamiento; d) locación—con o sin opción a compra—; e) administración y/o gerencia—con o sin opción a compra— y f) Concesión, licencia o permiso, y percibir el canon en forma anticipada—total o parcialmente—por el periodo de concesión, licencia o permiso, (artículo 17).

El procedimiento de selección que podrá utilizar el Poder Ejecutivo para implementar estas medidas consisten en: a) Licitación Pública, con base o sin ella; b) Concurso Público, con base o sin ella, c) Concurso de Proyectos Integrales; d) Remate Público, con base o sin ella; e) Venta de acciones en Bolsas y Mercados de Valores de Córdoba, nacionales o del exterior. Podrá realizarse un concurso de proyectos

integrales cuando el Poder Ejecutivo no haya determinado detalladamente—en el respectivo llamado—las especificaciones del objeto contractual, o resulte más conveniente—para la concreción de dicho objeto— autorizar a que los oferentes procedan a formular de manera detallada los aspectos técnicos, económicos y jurídicos de dicho objeto.

De igual modo podrá procederse cuando mediere una iniciativa privada y el Poder Ejecutivo deseara obtener propuestas sobre los diversos medios posibles para satisfacer sus necesidades.

XII. EL TRÁMITE DE LAS CONTROVERSIAS

Las distintas regulaciones sectoriales establecen procedimientos específicos de resolución de controversias que se presenten con los usuarios y/o terceros. En términos generales todos los marcos regulatorios disponen procedimientos que responden, con ciertos matices específicos según cada caso, a los siguientes lineamientos: 1) el usuario o el tercero interesado en realizar una consulta o un reclamo con motivo del servicio debe realizar la consulta o presentación ante el prestador del servicio de que se trate. Si bien hay marcos regulatorios que establecen este temperamento como una instancia facultativa para el usuario, en la práctica se erige como el paso necesario para dar inicio al trámite de consulta o reclamo; 2) en caso de que el usuario no obtenga una respuesta del prestador en un plazo determinado ó de que la respuesta que obtenga no sea satisfactoria, el reclamante podrá recurrir ante el Ente regulador competente para radicar allí su petición; 3) en caso de que el solicitante recurra directamente al Ente para formular su reclamo o consulta, es decir omitiendo la gestión ante el prestador según se expuso en el punto anterior, el Ente regulador en general lo remite al prestador fijándole un plazo para que brinde una respuesta al solicitante ó, según la naturaleza de lo pedido, ordena al prestador una determinada prestación ó, finalmente, puede solicitar los antecedentes del caso al prestador a efectos de resolver directamente en esa sede la petición según lo actuado; 4) en caso de que el usuario no obtenga una respuesta del Ente regulador en un plazo determinado o que la respuesta que obtenga no sea satisfactoria, aquél podrá interponer todas las solicitudes, denuncias y recursos administrativos y/o judiciales que lo habilitan las respectivas leyes de procedimiento.

Teniendo en cuenta esos lineamientos, en los apartados siguientes nos referiremos brevemente a los pasos que debemos observar para realizar reclamos ante el prestador y el ERSeP que, a esos fines, emitió con fecha 12 de diciembre de 2006, la Resolución General N° 16 (en virtud de la cual se aprueba el “Procedimiento único de Reclamos de los usuarios de los servicios públicos bajo control y regulación del ERSeP” que tiene como principal objetivo, asegurar los derechos de los usuarios, estableciendo las normas de procedimiento para los reclamos que se formulen con

⁶⁷ Al respecto, se dispone: “Artículo 24. Función reguladora: La función reguladora del ERSeP comprende el dictado de la normativa regulatoria, el control y aplicación de sanciones, la solución de conflictos entre las partes del sistema, el estímulo de la calidad y eficiencia de los prestadores y la aplicación de los incentivos relativos a la actividad regulada, de conformidad con las políticas sectoriales”.

motivo de la prestación de los servicios públicos, bajo los principios de informalismo, economía, sencillez, celeridad y eficacia. (artículo 2°, Anexo I, Res. cit).

Esta normativa establece que los usuarios de los servicios públicos tienen los derechos que les acuerdan la Constitución Provincial, Ley Nacional de Protección del Consumidor N° 24.240, Ley Provincial N° 8835—Carta del Ciudadano—, Manual del Usuario y demás legislación vigente, cuya tutela será ejercida por el ERSeP, a través de la regulación y control permanente de la actividad de los prestadores en pos de la calidad del servicio y de las tarifas aplicables⁶⁸.

1. Reclamos ante el prestador

Los usuarios y terceros interesados, con carácter previo a la intervención del ERSeP, deberán formular un *reclamo* ante el prestador del servicio, quien deberá resolverlo en el plazo de diez días hábiles administrativos.

El reclamo podrá ser formulado personalmente por el usuario, por teléfono o fax, por vía postal o electrónica.

El reclamo debe ser recibido por el prestador, quien lo asentará en un formulario, cuya copia numerada será entregada al usuario, como identificación y registro en cada caso. Cuando el pedido se formule por vía telefónica, el agente receptor informará inmediatamente al usuario el número de identificación del reclamo. Si fuera por fax o correo postal o electrónico, el número será proporcionado por el mismo medio o por teléfono, si éste constare en la presentación. El prestador debe llevar un registro numérico, alfabético, cronológico e informatizado de las reclamaciones, el que puede ser permanente consultado por los usuarios y controlado por el ERSeP.

Si el plazo venciere sin que medie resolución—expresa o tácita—del prestador, el reclamante podrá ocurrir al ERSeP.

2. Reclamos ante el ERSeP

Recibido el reclamo, el ERSeP requerirá los antecedentes al prestador y cualquier información que considere necesaria, así como la presentación de descargo, dentro del plazo de 10 días hábiles administrativos.

La Autoridad Regulatoria deberá sustanciar los reclamos dentro del plazo de sesenta (60) días hábiles administrativos. Sin perjuicio de ello, dicho plazo podrá ser prorrogado cuando cuestiones complejas así lo ameritan. También se podrá disponer la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando éste pueda causar grave daño al usuario, se estimare que la suspensión no se deriva una lesión al interés público.

Si no resuelve en el plazo de treinta días, el administrado podrá plantear ante la cámara contencioso administrativa competente el amparo por mora de la Administración, que se encuentra regulado en el art. 52 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y en la ley provincial 8508.

Concluida la sustanciación, el ERSeP resolverá mediante resolución fundada dentro de los 30 días hábiles administrativos. La resolución debe determinar la procedencia del reclamo o su rechazo, indicando la conducta a seguir por las partes y el plazo para su cumplimiento. Podrá establecer, además, una sanción conminatoria pecuniaria, para el supuesto de renuencia o incumplimiento. También podrán aplicarse al prestador las sanciones establecidas por los títulos habilitantes o marcos regulatorios específicos.

Las resoluciones del ERSeP causan estado y agotan la vía administrativa *sin necesidad de recurso alguno*, pudiendo ser materia de acción contencioso administrativa en los plazos y con los procedimientos fijados en la ley 7182 (art. 33, Ley 8835).

Sin perjuicio de ello, las partes podrán interponer el recurso de reconsideración, en cuyo supuesto el agotamiento de la vía administrativa y el plazo para interponer la acción judicial, serán diferidos a la resolución del recurso. El ERSeP resolverá el recurso dentro de los treinta (30) días hábiles administrativos contados desde su presentación.

Al respecto, empero, mediante Dictamen N° 562/09 de Fiscalía de Estado de la Provincia, en el marco de impugnación articulada en contra de la Resolución N° 388/2009 (10/03/2019) del ERSeP que había declarado inadmisibile el recurso de alzada interpuesto en subsidio por el interesado, consideró que el recurso de alzada sí es procedente en contra de las decisiones dictadas por el órgano autárquico a tenor de lo dispuesto por el art. 84 y cc. de la Ley de Trámite Administrativo de la Provincia.

Es de aplicación supletoria a este reglamento el régimen contenido en la Ley Provincial de Procedimiento Administrativo.

3. La participación ciudadana en el ámbito del ERSeP

Los mecanismos de participación y publicidad en el ámbito del ERSeP son la Audiencia Pública y las Consultas de Opinión, cuyos trámites están regulados en la Resolución General ERSeP N° 40/2016 del 07/09/2106, en sus anexos I y II respectivamente.

⁶⁸ La Resolución General N° 16/2020 (27/07/20) dispone que las entidades prestatarias de los Servicios Públicos de Energía Eléctrica y de Agua y Saneamiento bajo regulación del ERSeP, que facturen los consumos conforme estado de marcación en medidores, deberán poner a disposición de sus usuarios -y del propio ERSeP-, vía web, fotografías de los respectivos aparatos de medición, con inclusión de la lectura de consumo relevada al momento de la toma del estado de dichos dispositivos, salvo que se trate de servicios teledados, en cuyo caso deberán disponibilizarse solo las lecturas correspondientes.

Dicha normativa establece que la audiencia pública, en el ámbito de los servicios públicos bajo regulación y control del ERSeP, constituye un espacio institucional de participación ciudadana en cuestiones de naturaleza técnica, regulatoria o de control. Destinado a garantizar transparencia, publicidad, difusión y eficiencia en la toma de decisión (art. 1°).

También se dispone que la audiencia pública tiene carácter consultivo no vinculante; y que las posiciones, opiniones, información y todos los elementos que se aporten válidamente durante la audiencia pública serán tomados en consideración y, en tal caso, relacionados en el acto administrativo que se dicte acerca de la cuestión sometida a ella.

La audiencia pública será de aplicación al tratamiento de cuestiones técnico-económicas, regulatorias o de control de los servicios públicos, de conflictos entre usuarios, prestadores y municipios o de cualquier otro asunto en el que, por su trascendencia social o complejidad, fuera necesario, oportuno o conveniente recabar la participación simultánea y contradictoria de los actores involucrados.

El procedimiento de las audiencias públicas se regirá por los principios de informalismo, participación, oralidad, instrucción, impulsión de oficio y economía procesal.

Se establece un mecanismo de publicidad y difusión de la audiencia y que, cuando la audiencia pública se hubiere convocado con motivo de la revisión de los cuadros tarifarios vigentes, el costo de las publicaciones y demás gastos de organización, deberán ser afrontados por el respectivo prestador (arts. 7°, 8° y 9°).

Podrá participar en las audiencias públicas toda persona física o jurídica -pública o privada- que invoque o acredite un derecho subjetivo, un interés legítimo o un simple interés relacionado con el tema objeto de la audiencia y que tenga domicilio en la Provincia de Córdoba. Las personas físicas podrán actuar en forma personal o a través de sus representantes. Por su parte, las personas jurídicas, por su parte, actuarán a través de su representante debidamente acreditado y no podrán contar con más de un expositor.

El reglamento también prevé las condiciones de inscripción previa (art. 11), el tiempo de las exposiciones de los oradores (art. 12), las facultades de dirección y orden del Presidente de la audiencia, (arts. 13, 14, 15), actos de inicio (art. 13) desarrollo (art. 14), clausura. (art. 16) e informe final de la audiencia (art. 17).

Concluida la audiencia pública, las actuaciones pasarán a estudio del Directorio del Ente Regulador de los Servicios Públicos, el que deberá dictar el correspondiente acto administrativo dentro del plazo de treinta (30) días corridos de la clausura de aquella, los que podrán ser prorrogados por hasta quince (15) días más, cuando la complejidad del asunto así lo requiera. La prueba producida en la audiencia pública será valorada conforme al principio de la libre convicción, indicando la forma y modo en que se tomaron en cuenta las opiniones vertidas, y en su caso, las razones de su

rechazo. A todos los efectos, el Directorio podrá encargar la realización de estudios especiales relacionados con el tema tratado en la audiencia pública, que aporten información útil para la decisión pertinente, en cuyo supuesto el plazo para el dictado del acto administrativo se suspenderá mientras se efectivizan los referidos estudios.

La resolución será publicada del modo indicado en el artículo 7° de la presente en caso que la misma fije definitivamente la tarifa. En los supuestos que la tarifa definitiva la fije el Poder Ejecutivo Provincial, como única publicación se realizará por un día en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba.

También será notificada a los prestadores y/o sus asociaciones del servicio público de que se trate y al Consejo Asesor Consultivo de Asociaciones de Usuarios y Consumidores.

La participación en las audiencias públicas es gratuita; y, en todo lo no previsto en esta normativa, resulta de aplicación supletoria el régimen contenido en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Córdoba.

Por su parte, en cuanto a la consulta de opinión, es el mecanismo destinado a recabar, en forma previa a la toma de decisión y al dictado de actos administrativos de carácter general, información, asesoramiento, documentación o cualquier otro dato que se estime necesario o conveniente a tales fines.

La consulta de opinión tiene por objeto conocer la opinión de los regulados, participantes e interesados en un servicio público. Según corresponda, podrá recabarse también la opinión de los prestadores, de las asociaciones legalmente reconocidas representativas de los usuarios, de las Universidades, Colegios Profesionales e Instituciones científicas con asiento en la Provincia, de Organismos especializados y expertos destacados, como así también de toda otra organización que por su objeto y trayectoria resultare útil consultar.

Las opiniones que se reciban con motivo de la consulta, como asimismo los informes, documentación y demás aportes complementarios, tienen carácter consultivo no vinculante.

Sin perjuicio de ello, en las consideraciones del acto administrativo que se dicten respecto de la cuestión que originó la consulta de opinión, deben hacer mérito de la admisión o rechazo de las opiniones recibidas.

El procedimiento de las consultas de opinión se rige por los principios de informalismo, participación, instrucción, celeridad y economía procesal.

También se prevé que cuando el ERSeP decida la consulta de opinión, cualquiera fuera su modalidad (amplia o restringida), debe hacer saber a quienes identifique como interesados directos, pudiendo dar a publicidad la apertura del procedimiento y admitir la participación y consulta de quienes concurrieran espontáneamente.

La consulta de opinión se instrumenta en un documento de consulta que debe especificar el tema, objeto y demás información necesaria o útil para obtener una opinión acabada.

Los consultados deberán emitir opinión fundada dentro del plazo que se designe al efecto, el que será adecuado al objeto de la consulta.

Cuando la consulta se dirigiera a un cuerpo colegiado, se admitirán opiniones en disidencia, las que podrán ser adoptadas en función de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 3° del presente reglamento.

Las consultas de opinión deberán documentarse en un expediente que, en su caso, correrá por cuerda separada al que corresponda. Las actuaciones contendrán la solicitud de consulta de opinión —en el supuesto de petición de parte— la resolución que admita y disponga la consulta de opinión, el documento de consulta, las consultas efectuadas y las opiniones recibidas, con todos los elementos que la integren.

Finalmente, la consulta de opinión concluye con el dictado del acto administrativo por el cual se decide la cuestión que la motivara o, en su caso, con la convocatoria a audiencia pública. En ambos supuestos, se agregará copia de la resolución a las actuaciones indicadas en el artículo precedente.

XIII. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. Concepto

Si bien, como vimos, la noción de servicio público es discutida en doctrina y jurisprudencia, podríamos afirmar que la actividad así declarada es concebida como una prestación que es asumida por la Administración Pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender a la satisfacción de necesidades de interés público, bajo un régimen especial, predominantemente de derecho público. A partir de esta concepción podría decirse que la concesión de servicios públicos consiste en un acto de la Administración Pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa⁶⁹.

Recordemos que en el marco de las privatizaciones llevadas a cabo en el marco de la ley de reforma del Estado 23.696, algunos servicios públicos (v.gr., telecomunicaciones, gas, electricidad, etc.) se utilizó, en lugar de la concesión, la figura de la licencia. Si bien cierta doctrina habla de un régimen unitario entre los permisos, con-

cesiones y licencias, otros autores afirman que cuando la legislación opta por encuadrar la relación concesional en el marco de una licencia, cada régimen sectorial, puede presentar una regulación diferente y específica.

En virtud de ello, tengamos presente que a los fines de este capítulo hacemos referencia a la concesión de servicio público en un sentido amplio, es decir, abarcativo de sendas figuras, las “concesiones” en sentido estricto y también a las “licencias”, con las particularidades que se expondrán en cada caso si las hubiere. La apuntada noción amplia de concesión de servicio público presenta los siguientes elementos que la caracterizan, a saber:

- a) Se trata de un acto regido por el derecho público, sin perjuicio de que puedan aplicarse otras ramas del derecho, por ejemplo, del derecho civil, comercial, del consumo, etcétera.
- b) El sujeto otorgante es la Administración, o sea, un ente estatal que actúa en ejercicio de función administrativa.
- c) El sujeto habilitado en marco de la concesión es una persona, física o jurídica, privada o pública.
- d) El acto de la concesión puede conferir determinadas potestades al concesionario para llevar adelante la tarea que se le encomienda.
- e) El concesionario desarrolla su actividad a su cuenta y riesgo, percibiendo una remuneración, que puede revestir distintas formas⁷⁰, según los términos que prevea el acto de la concesión.
- f) La concesión es temporal y, según la concepción clásica, la Administración puede reasumir el servicio en cualquier momento si las razones de interés público así lo exigen.

2. Caracteres del contrato de concesión de servicios públicos

La visión del contrato de concesión de servicios públicos como un contrato administrativo permite, al mismo tiempo, señalar los siguientes caracteres⁷¹.

g) Por las partes que se obligan, es un contrato bilateral o sinalmático, pues las partes que lo celebran —la Administración concedente y el concesionario— se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

⁶⁹ El concepto es de H. ESCOLA ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 927.

⁷⁰ La remuneración al concesionario puede provenir de la tarifa que percibe de los usuarios, los subsidios que eventualmente provengan de la Administración, exenciones impositivas que correspondan según el tipo de actividad o sujetos involucrados u otras alternativas que se establezcan contractualmente.

⁷¹ En este apartado seguimos a COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 933.

h) Por la relación que existe entre las prestaciones, es un contrato a título oneroso, puesto que las ventajas que reporta a una de las partes le son concedidas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte ha hecho o prometido a la otra.

i) Por el momento en que queda concluido, la concesión de servicios públicos es un contrato consensual, pues sólo exige que las partes manifiesten su consentimiento. La forma escrita y escritura pública son recaudos que se refieren a la prueba, y no a la existencia del contrato, salvo que una ley expresa disponga lo contrario.

j) Por su calificación o no por la ley, se trata de un contrato nominado, individualizado y designado, no sólo por la doctrina, sino también por las leyes administrativas que lo regulan.

k) Por la circunstancia de que las prestaciones sean ciertas o no puedan ser objeto de apreciación, la concesión de servicios públicos es un contrato indudablemente conmutativo, ya que todos las prestaciones comprendidas y establecidas en él son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata, no dependiendo su determinación de acontecimiento incierto alguno.

l) Por la duración del cumplimiento de las prestaciones, se trata de un contrato que, tomado en su unidad, es de ejecución sucesiva, puesto que sus prestaciones se llevan a cabo de manera continuada, en la forma convenida por las partes.

3. Elementos del contrato de concesión de servicios públicos

a) Sujetos

En la concesión de servicios públicos aparecen, como sujetos que celebran el contrato, el concedente y el concesionario. El primero es quien otorga la concesión, es decir, la Administración Pública actuando en función administrativa ya sea nacional, provincial o municipal; el segundo, es aquélla quien se le otorga la concesión. El concesionario, no obstante, no puede ser considerado un órgano de la Administración Pública, ni tampoco como funcionario o empleado público, puesto que el vínculo contractual que lo liga a la Administración no es suficiente para constituirlo en una parte de ésta⁷².

Si bien cierto sector de la doctrina ha entendido que los usuarios también son "parte" de la concesión, es posible señalar que en estricto derecho éstos no revisten tal calidad dado que, en realidad, no son sujetos de la relación contractual establecida. En ese sentido, los usuarios son considerados terceros que se benefician con la extensión en su favor de los efectos del contrato administrativo de concesión de ser-

⁷² Al respecto, ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., ps. 934 y ss.

vicios públicos y, al mismo tiempo, también recaen sobre él cargas y obligaciones referidas al servicio público.

b) Competencia

En cuanto a la jurisdicción que tiene competencia para otorgar concesiones, puede afirmarse que, como principio, el otorgamiento corresponde a la jurisdicción provincial o local, conforme a lo que resulta del art. 121 CN, ya que se trata de una potestad no delegada al gobierno federal.

La potestad de la Nación para otorgar concesiones aparece, de tal modo, como excepcional y debe quedar limitada a aquellos casos en que esa jurisdicción resulta procedente, como ocurre, entre otros, en los supuestos de concesión de un servicio público internacional e interprovincial, o cuando se trata de servicios que, habiendo comenzado por ser puramente locales, se extienden luego a otros ámbitos, haciéndose interprovinciales en virtud de conexiones o ampliaciones.

En cuanto a los recaudos que debe adoptar el órgano competente para el otorgamiento de la concesión, cabe tener presente que, en virtud del carácter consensual de ésta, se establece la necesidad, en ciertos casos, de la intervención parlamentaria, mediante leyes formales de aprobación, sin las cuales la concesión no puede otorgarse o renegociarse⁷³. En tal sentido, la ley 25.790 que prevé el trámite de aprobación de los contratos de derecho público sujetos a renegociación en el marco de la ley de emergencia pública 25.561, establece que el Poder Ejecutivo nacional debe remitir las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la ley N° 25.561 (artículo 4°).

c) Objeto

El objeto del contrato administrativo de concesión de servicios públicos consiste en establecer las condiciones en el marco de las cuales se pone en cabeza del concesionario la obligación de la prestación del servicio público, bajo el control del Estado.

⁷³ Si las concesiones otorgan privilegios o exenciones o cuando así se dispone legalmente, dicho acto debe ser aprobado por el órgano legislativo respectivo. En relación a estos aspectos, recordemos que MARIENHOFF distingue entre monopolio y exclusividad. El primero implica que una actividad se sustrae de la concurrencia y se reserva para su desarrollo sólo por una persona pública o privada. La segunda significa que el Estado asegura a quien es objeto de ella que no otorgará nuevas concesiones para el mismo servicio o actividad. (MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 327 y ss., especialmente p. 334).

Se ha advertido la necesidad de distinguir la prestación de un servicio público con el cumplimiento de funciones o poderes del Estado, que éste debe asumir por sí mismo, y que no pueden ser materia de concesiones a favor de particulares, porque tales funciones o poderes no deben ser objeto de transferencia, sobre todo en cuanto importan el ejercicio e atribuciones y facultades que no cabe que sean asumidos por tales particulares.

d) Forma

Este contrato requiere la forma escrita, aplicable a todo contrato administrativo, imponiéndose, a veces, la exigencia de escritura pública, dadas las características de largo plazo e implicancias del contrato y a los fines de dar estabilidad y certeza a la relación contractual.

4. Ejecución del contrato

El contrato de concesión de servicios públicos genera distintas clases de relaciones entre los sujetos intervinientes: concedente, concesionario y usuarios. En primer lugar, el contrato origina un significativo cúmulo de relaciones jurídicas de carácter administrativo entre la Administración Pública (concedente) y su cocontratante (concesionario). Los conflictos que puedan producirse entre estos sujetos (concedente y concesionario) con motivo del contrato de concesión, se someten a la jurisdicción judicial contencioso administrativa que tenga competencia atribuida en esta materia.

En segundo lugar, se presentan las relaciones que se establecen entre el concesionario, por una parte, y el usuario del servicio público, por la otra. Los conflictos suscitados entre el concesionario y los usuarios, se someten, a la jurisdicción judicial contencioso administrativa a la que tenga atribuida esa competencia, en la medida que el conflicto verse sobre normas y preceptos del derecho administrativo y la justicia ordinaria, si el conflicto se trata una cuestión puramente civil o comercial (por ejemplo, por el cobro de una factura impaga por el servicio prestado cuyo pago podrá ser requerido en la sede respectiva).

En tal sentido, en la causa "Davaro"⁷⁴, la Corte Suprema atribuyó la competencia para entender en una controversia entre un usuario y una empresa prestadora, a la justicia en lo civil y comercial federal. Y reiteró recientemente su doctrina en "Rodríguez"⁷⁵ al considerar, en este caso que se trataba de una relación entre particulares al no aparecer cuestionados actos de la Administración nacional o de entes

públicos estatales, y consistir la pretensión de la actora en la obtención de un resarcimiento derivado de los perjuicios que le habría ocasionado la instalación del electroducto de alta tensión que se encontraba ubicado en las cercanías de su vivienda.

En otros casos, teniendo en cuenta que la cuestión debatida no estaba ceñida a una relación contractual entre particulares ni se trataba de una mera desavenencia comercial, sino que, por el contrario, se encontraban en tela de juicio, en forma directa, además de la inteligencia del régimen tarifario vigente, normas vinculadas al contrato de concesión, la Corte declaró competente para resolver el conflicto el fuero contencioso administrativo⁷⁶.

Finalmente, es posible identificar en el marco de la concesión de servicios públicos, otros tipos de relaciones, como por ejemplo, las que se entablan entre el concesionario y su personal, sus proveedores y terceros no usuarios. Estas relaciones podrán ser de carácter contractual (caso de los proveedores, locadores, etc.) como extracontractual (supuesto de daños causados por el concesionario con motivo del servicio público), las que están, asimismo, regidas por el derecho privado y sometidas a la jurisdicción común, competente *ratione materiae*, según el caso⁷⁷.

a) Continuidad en la ejecución

La prestación de los servicios públicos debe ser regular, sin interrupciones o suspensiones, salvo en los casos que excepcionalmente así se disponga.

Las distintas regulaciones sectoriales establecen, en efecto, las causales de suspensión o discontinuidad de suministro. Entre esas causales, cuya interpretación deberá ser restrictiva privilegiando en todo caso la seguridad y continuidad en la prestación del servicio, cabe mencionar las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que pudieran producirse, la necesidad de efectuar reparaciones, modificaciones o mejoras en las instalaciones, la falta de pago del servicio o el incumplimiento de otras obligaciones contractuales por parte del usuario, etcétera.

Un aspecto vinculado a este tema es el relativo a la posibilidad del concesionario de invocar la excepción de incumplimiento contractual frente a los eventuales incumplimientos de la Administración o el Estado concedente, cuestión que fue tratada detenidamente en el capítulo de contratos administrativos, al cual remitimos. Cabe agregar aquí que, en principio, el concesionario no podría discontinuar el servicio al

⁷⁴ "Davaro, Saúl v. Telecom SA", Fallos 315:1883.

⁷⁵ "Rodríguez Ramona", Fallos 327:3706.

⁷⁶ "Asociación de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes", Fallos 323:61 (2000); "Manzo", Fallos 327:471 (2004).

⁷⁷ "Hotel Internacional Iguazú", Fallos 308:618 (1986); "Transportadora de Gas del Norte SA", Fallos 329:3470 (2006).

usuario por incumplimientos del contrato de concesión en los que puede incurrir la Administración otorgante. Por cierto, que en cada caso deberá meritarse la conexión y naturaleza de las prestaciones incumplidas por parte de la Administración y aquéllas debidas por el concesionario en favor del usuario.

En tal sentido, la ley de emergencia pública N° 25.561 dispone que la renegociación de los contratos no permitirá a los prestadores a reducir la calidad de las prestaciones debidas al usuario. Sin embargo, esto no releva a la administración a mantener el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato de concesión, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia⁷⁸. En el mismo sentido, se ha señalado en doctrina que la Administración no debe imponer al concesionario un cumplimiento irrazonable de sus obligaciones, sino que debe concurrir en su auxilio, en la medida de lo necesario y posible, para evitar la interrupción de sus prestaciones, o la conclusión anormal de la concesión (COMADIRA).

b) Dirección y control

Recordemos que sobre el control de los servicios públicos y de la situación de los usuarios, el art. 42 de la CN impone a las autoridades la obligación de controlar la eficiencia de los servicios públicos y, además, que la legislación debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

En ese marco, la potestad de dirección y control se manifiesta en una forma intensa en la concesión de servicios públicos debido al interés general que está destinado a satisfacer aquélla y el carácter continuado y sucesivo que caracteriza a esta contratación. Las modalidades, alcances e intensidad que pueden adoptar las potestades de dirección y control dependen del tipo o modelo regulatorio que se hubiere adoptado en cada regulación sectorial y está sujeta a los términos del contrato de concesión o licencia de que se trate. En el cuadro final del capítulo de servicios públicos pueden verse los distintos modelos de regulación según se trate de regulación directivas y por incentivos y algunas diferencias entre ellos.

Las potestades de dirección y control deben responder a las pautas de razonabilidad y proporcionalidad que rigen todo obrar administrativo. En consecuencia, su ejercicio no puede, como afirma COMADIRA, desnaturalizar la concesión. Tal es el caso si a través del ejercicio de esa potestad se transforma al concesionario en un

simple agente o gestor de la Administración, excluyéndolo del poder de iniciativa que le corresponde en la gestión del servicio.

En tal sentido, la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal afirmó en la causa "TGN"—suscitada con motivo de la intervención que había sido dispuesta por el ENARGAS a esa empresa transportista— que dicha medida era improcedente pues hubiera importado confundir el rol del regulador con el del prestador del servicio, quien debía conservar su responsabilidad en la prestación⁷⁹.

c) Mutabilidad

Las potestades de la Administración Pública de modificar unilateralmente los términos del contrato de concesión, afectando su ejecución y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular, adquiere especial relevancia y habitualidad por cuanto, como dijimos, se trata de un contrato tracto sucesivo y plazo prolongado en el tiempo en el que cobra primacía la continuidad en la prestación del servicio público.

Esta potestad de la Administración reconoce límites que la restringen y subordinan a condiciones de razonabilidad, como dijimos. En tal sentido y al igual que todas las potestades que tienen como fuente el contrato de concesión, no se puede llegar a la modificación del objeto del contrato o incidir en la ecuación económica financiera, o en el plazo de duración salvo que la concesión resulte inconveniente o contraria al interés público, disponiendo la conclusión anormal del contrato, con sus naturales consecuencias⁸⁰.

Si se traspasan esos límites, nace el derecho del concesionario a pedir la rescisión de la concesión o a solicitar una justa indemnización que evite su perjuicio económico o restablezca la ecuación económico financiera del contrato celebrado.

Así por ejemplo ante el reclamo de sendas empresas de transporte por ajustes en las tarifas no implementados por parte del municipio concedente, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba consideró, en los fallos "Coniferal"⁸¹ y "Ciudad de Córdoba"⁸², que "[...] si bien la actora (empresa prestataria) no titulariza un derecho subjetivo para solicitar la fijación automática del quantum de la tarifa, si tiene un derecho subjetivo administrativo al mantenimiento de la ecuación económica financiera del Contrato"⁸³.

⁷⁹ Ver CNCAF, Sala I, "TGN", (2009).

⁸⁰ SACRISTÁN, Estela B., "Los variandi y modificación de precios en los contratos administrativos", R.A.P. N° 219, diciembre 1996, ps. 5 y ss. y FANELLI EVANS, Guillermo E., *El ius variandi en los contratos administrativos. El derecho administrativo hoy*, p. 197-206.

⁸¹ TSJ Cba "Coniferal", (2009).

⁸² TSJ Cba "Ciudad de Córdoba", (2009).

⁸³ TSJ Cba "Coniferal", (2009), csd. 20.

⁷⁸ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la citada causa "Maruba"; y el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba *in re*: "Ciudad de Córdoba" (2009) y "Coniferal", (2009).

La estructura triangular del contrato de concesión de servicios públicos y su vínculo con el mantenimiento de la ecuación económico financiera fue resaltada por el Superior Tribunal de Justicia en la causa "Coniferal" señalando que, frente a un reclamo económico del contratista por negativa a ajustar tarifas que estaban previstas en el contrato, "[...] Desestimar sin más la demanda, implicaría omitir el esquema típico de prestación de servicios públicos, donde '[...] adquieren relevancia jurídica tres sujetos: el Estado (como concedente o licenciatario, y como ente regulador), el Concesionario o Licenciatario (encargado de la prestación del servicio) y el usuario (destinatario final de la prestación, cuya satisfacción es la razón de ser de todo el sistema) [...], sujetos entre quienes se generan diferentes derechos y obligaciones. La Administración garantiza a los usuarios el acceso a los servicios públicos esenciales, fijando las condiciones tarifarias de manera equitativa. La Empresa contratista presta a los usuarios los servicios de acuerdo a las reglas que rigen la concesión y percibe de ellos la tarifa determinada por el Estado quien, a su vez, debe mantener el equilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato, de modo que no se perjudique patrimonialmente a la concesionaria [...]"⁸⁴.

d) Las potestades sancionatoria y extintoria

El concedente tiene la potestad de sancionar al concesionario en caso de que éste no cumpla o cumpla insuficientemente las prestaciones, obligaciones y compromisos que surgen del contrato de concesión. El procedimiento sancionatorio debe llevarse a cabo según los lineamientos establecidos en el acto de la concesión y, en todos los casos, debe cumplimentar las pautas del debido proceso y resguardo de los demás principios que le son inherentes.

Las regulaciones sectoriales prevén regímenes de sanción específicos. Así, por ejemplo, las leyes 24.065 (marco regulatorio de la electricidad) y 24.076 (marco regulatorio del gas natural) atribuyen al ENRE y el ENARGAS respectivamente, competencia para propiciar ante el Poder Ejecutivo la aplicación de ciertas sanciones (v. gr., la caducidad de la concesión, arts. 56, inc. h], ley 24.065, y 52, inc. j], ley 24.076). Por su lado, el marco regulatorio vigente para la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales, aprobado por la ley 26.221, también tiene un capítulo dedicado a los incumplimientos, la responsabilidad y las sanciones (capítulo XII), y atribuyen al directorio del Ente Regulador de Agua y Saneamiento la facultad de aplicar sanciones (art. 48, inc. l]).

Las sanciones que corresponde imponer al concesionario son, en principio, las mismas admitidas en todos los contratos administrativos, es decir, sanciones pecu-

⁸⁴ Ver por ejemplo, TSJ Cba "Coniferal", csd. 21.

niarias, coercitivas y rescisorias, si bien algunas de ellas pueden aparecer con modalidades especiales, lo que justificaría una denominación también diferente, como ocurre en el caso del secuestro o la caducidad.

La potestad rescisoria debe ejercerse de acuerdo a lo expuesto en el capítulo dedicado al servicio público y los entes reguladores, cuando se aborda lo relativo al rescate y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

5. Los derechos y obligaciones de las partes

a) Derechos y obligaciones de la Administración Pública

a) 1. El derecho del concedente a exigir la ejecución del contrato

El concesionario debe prestar el servicio en forma regular y continua, según los términos dispuestos en el contrato de concesión, cumpliendo, además, las órdenes e instrucciones que le imparta el concedente en el marco del mismo⁸⁵. El concesionario, por su parte, debe ejecutar la prestación del servicio por sí mismo y, en consecuencia, no puede hacerse sustituir por otro.

En efecto, la Administración Pública tiene el derecho de exigir al concesionario el cumplimiento en término de las obligaciones y prestaciones previstas en el contrato de concesión.

El cumplimiento de estas prestaciones corresponde, por cierto, a partir del momento que se establezca en el contrato y hasta la fecha estipulada para su finalización. En algunas regulaciones sectoriales se establece la posibilidad de prórroga del contrato de concesión y también la prohibición de abandonar la prestación del servicio hasta tanto la Administración o un nuevo prestador se hagan cargo del mismo⁸⁶. En cualquier caso, el concesionario debe continuar con la prestación del servicio hasta que le sea requerido.

Entre las causas eximentes de la responsabilidad por la inejecución en término por parte del concesionario, por cierto, pueden computarse la situación de caso fortuito y fuerza mayor. Pero también, es posible la invocación de hechos que, al afectar la ejecución económico financiera del contrato, hagan imposible o razonablemente

⁸⁵ En una posición diferente Julio R. COMADIRA señala que "[...] Esa debida ejecución significa que el concesionario debe prestar el servicio público conforme corresponda, aun cuando se produzcan situaciones de hecho o circunstancias que hagan más difícil o gravosa su realización o se produzcan eventos económicos excepcionales, imprevisibles e independientes de la voluntad de las partes, que alteren la economía del contrato. Ello, como es natural, sin perjuicio de la aplicación, cuando sea procedente, de las teorías de la fuerza mayor y de la imprevisión [...]" COMADIRA, Julio R. y otros, ob. cit., ps. 947 y ss.

⁸⁶ Así se dispone, por ejemplo, en las reglas básicas de distribución de gas natural aprobadas por Decreto 2255/92.

imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales, presentando las condiciones y los efectos de la fuerza mayor.

a) 2. El derecho a realizar todos los controles y ejercer las potestades propias del concedente

El concedente puede ejercer todas las potestades de control y sanción que corresponden en su calidad de tal para asegurar la prestación del servicio. En tal sentido, posee todas las potestades sancionatorias y extintorias —dadas las causales previstas para ello—, según expusimos en el apartado anterior al cual remitimos.

b) *Los derechos y obligaciones del concesionario*

b) 1. El derecho a que sean cumplidas todas las prestaciones previstas en el contrato de concesión

El concesionario tiene el derecho de exigir que la Administración concedente cumpla en término oportuno todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión y las que surgen implícitamente de aquéllas.

El acto de otorgamiento de la concesión confiere al concesionario las facultades y demás atribuciones conducentes a la prestación del servicio, facultades que se deberán interpretarse siempre en función de la sustentabilidad del servicio público.

Como hemos visto, las potestades y atribuciones de la Administración que surgen del contrato de concesión no se limitan a las de regulación de tarifas y calidad de servicio; sino que se extienden a la necesidad de proteger al prestador frente a la posibilidad de entrada de competidores que pongan en riesgo a la sustentabilidad del servicio. En virtud de ello, el concesionario tiene derecho a ser protegido frente a la competencia ilícita o indebida en la ejecución del servicio, o que terceros alteren la continuidad y regularidad de él, o cometan actos que produzcan ese efecto⁸⁷.

El concesionario puede, además, invocar la *exceptio non adimplenti contractus* siempre que se verifiquen los requisitos de ese instituto tal como hemos visto en el capítulo de servicios públicos al cual remitimos.

b) 2. El derecho a percibir el precio

El concesionario tiene el derecho a percibir la retribución establecida contractualmente por la prestación del servicio público y que puede asumir distintas formas como ya hemos señalado.

En tal sentido, la tarifa puede ser definida como la lista de precios que percibe el concesionario como remuneración por la prestación del servicio público a su cargo. Una característica es que la tarifa no es abonada por el concedente, sino por el público que utiliza concretamente el servicio.

La tarifa puede ser representada como el movimiento de fuerzas centrífugas del contrato de concesión pues alrededor de ella se desarrollan y giran los intereses de todos los sujetos del contrato: del prestador pues se trata de la remuneración por la inversión realizada (es decir, de las inversiones de capital, gastos de operación y mantenimiento más una rentabilidad justa y razonable); para el Estado concedente pues se trata de precios públicos que inciden en la economía general y la sensibilidad social y pública; y, finalmente, para el usuario pues debería tratarse de montos accesibles acorde a la calidad de servicio que recibe.

Los sistemas tarifarios han presentado en la práctica distintas fisonomías según las etapas por las que atravesó la prestación de los servicios públicos en nuestro país al que hemos aludido en el capítulo de los servicios públicos. En efecto, en la primera época en la que los servicios públicos estaban en manos de sujetos privados, las tarifas o precios se fijaron libremente razón por la cual se trataba de tarifas paccionadas, es decir fijadas de común acuerdo entre los sujetos de la relación de servicio. En época de nacionalización de los servicios, las tarifas para ser aplicadas debían ser aprobadas por la Autoridad pública, razón por la cual se hace al sistema de tarifas reglamentarias. Posteriormente, en el tercer período de la privatización de los principales servicios públicos a partir de la ley de reforma del Estado (1989) en adelante, si bien los contratos de concesión y licencia de servicios públicos prevén fórmulas que dieron lugar a posturas contractualistas de las tarifas, la jurisprudencia remarcó que para que éstas tengan vigencia deben ser aprobadas por acto administrativo correspondiente es decir, retornándose al período de tarifas reglamentadas⁸⁸.

En el marco actual de los servicios públicos privatizados se ha puntualizado que el sistema tarifario está, en general, montado sobre la base de los siguientes principios: tarifas justas y razonables; razonable rentabilidad en una empresa eficiente; ingresos suficientes para cubrir costos operativos y rentabilidad; ganancias similares, como promedio de la industria, a las otras actividades de riesgo equivalente; revisión de precios; reducción progresiva de éstos; prohibición de subsidios cruzados; delegación en el ente regulador de la cuestión tarifaria⁸⁹.

Hemos dicho que las tarifas pueden ser reguladas de diferentes modos⁹⁰; entre ellos, se distinguen los clásicos sistemas de tasa de rendimiento o *rate of return* y el

⁸⁸ CSJN, "Maruba", (1998).

⁸⁹ Para ampliar, Bianchi, Alberto, ob. cit., p. 348 y ss.

⁹⁰ Véase SACRISTÁN, Estela, "La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de price-caps", ED, 30/6/03, ps. 4/11, esp. sección IV.

⁸⁷ Para ampliar, BUSTAMANTE, Eduardo, *Desregulación. Entre el Derecho y la economía*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

de *price caps* o precio máximo, correspondiendo el primero a la tradición norteamericana y el segundo, a la británica. También sabemos que el primero implica —como su nombre enseña— regular o controlar la rentabilidad de la firma, y el segundo, regular o controlar el precio, que será un precio máximo.

Con acierto, se ha señalado que el modo de regulación de las tarifas mediante *price caps* es, en términos generales, el adoptado preponderantemente por el privatizador argentino⁹¹ en el marco de los cuatro principales servicios públicos. En tal sentido, enseña CASSAGNE que “en el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado *price cap*”⁹². Ello, ciertamente, sin perder de vista el hecho de que, como explica el citado jurista, “los regímenes tarifarios combinan, mediante formulaciones técnicas de gran diversidad, el sistema de *price cap* con el de tasa de rendimiento, y aunque en general existe una tendencia a la aplicación del primero, no se excluye la determinación de la rentabilidad a la hora de fijar las tarifas máximas que pueden percibir los distintos concesionarios y licenciarios”⁹³.

Debemos tener presente, sin embargo, que la realidad actual de estos sistemas tarifarios ha sido profundamente modificada por la ley de emergencia pública 25.561 alterando los parámetros tarifarios originales. Por esa razón, debería establecerse un esquema de tarifas justas y razonables, conforme ha sido reconocido por la jurisprudencia en torno al tema.

En relación al derecho del concesionario a suspender la ejecución del contrato se rige por los principios expuestos en el capítulo de contratos administrativos, los que tienen directa aplicación al contrato de concesión de servicios públicos.

Asimismo, el concesionario no podrá declarar por sí y ante sí la rescisión de su contrato, sino que debe demandarla judicialmente, deduciendo la demanda ante la autoridad judicial competente, según las normas procesales comunes.

Por su parte, tiene derecho a ser resarcido por la extinción del contrato para lo cual deberán tenerse en cuenta los principios generales que, al respecto, hemos expuesto en la parte correspondiente del capítulo anterior.

⁹¹ Concordantemente: CASSAGNE, Juan Carlos, “Evolución ob. cit. ...”, p. 5: “En el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado *price cap*”; asimismo, FIEL, “La Regulación ... cit.”, ps. 26 y 37/8, restringiendo, hacia 1999, la regulación por *price-caps* a los sectores de gas natural, telecomunicaciones y energía eléctrica, siendo el del agua “mixto con precio tope y ajuste en función del índice de costos y cumplimiento de inversiones por expansión”; TAWIL, Guido, “Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, *ED*, 28/7/00, p. 6: “en algunos supuestos como la Argentina, el sistema de *price cap* predominaba en los casos de gas natural y la energía eléctrica”.

⁹² CASSAGNE, “Evolución...” cit., p. 5.

⁹³ *Ibidem*, p. 4.

b) 3. El derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera

La celebración del contrato de concesión de servicios públicos implica, necesariamente, que las partes han tenido en cuenta y aceptado la existencia de una determinada ecuación o equilibrio económico financiero, expresando esa ecuación, en concreto, una relación entre los gastos de explotación del servicio y las sumas que se recaudarán con motivo o en ocasión de él.

El derecho al mantenimiento de la ecuación económica del contrato ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia y se encuentra profundamente vinculado con el mantenimiento de los niveles de calidad de servicio que recibe el usuario. Por cierto que, en caso del rompimiento de la ecuación económico financiera del contrato, además de los derechos del concesionario, el aspecto más significativo es preservar el mantenimiento del servicio público, en forma continuada y regular, con la aplicación de tarifas que sean justas y razonables. Por esa razón, justamente, se impone la necesidad de recomponer los ingresos propios de la concesión.

El Máximo Tribunal de Justicia cordobés en la causa “Coniferal” recalcó la relación entre calidad de servicio e ingresos poniendo énfasis en el vínculo que se suscita entre la eficiencia en la prestación y la ecuación económico financiera en los siguientes términos, “[...] En efecto, el derecho del contratista al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del Contrato y la continuidad en la prestación del servicio de manera eficiente a fin de satisfacer el interés público, impone que los ingresos percibidos por la concesionaria se desenvuelvan dentro de los márgenes pactados [...]”. (Durand, Julio C. y Perrino, Pablo Esteban “Las tarifas de los servicios públicos” en *La Ley*, 21/08/2009⁹⁴).

6. Conclusión del contrato de concesión de servicios públicos

El contrato de concesión de servicios públicos puede concluir por cualquiera de los medios como concluyen los contratos administrativos, ya sean normales o anormales, pero su extinción presenta particularidades que lo singularizan, ofreciendo, incluso modos propios de conclusión, como la renuncia y el rescate. En virtud de ello, todos los principios que hemos examinado en el capítulo anterior, al tratar esta forma de extinción de los contratos administrativos, se aplican igualmente y, como es natural, al contrato de concesión de servicios públicos, con las modalidades y particularidades que son propias de esta especial relación contractual.

Una cuestión que adquiere particular importancia es la que se refiere al destino que deben tener los bienes afectados al servicio una vez que se extingue la conce-

⁹⁴ TSJ Cba. “Coniferal”, csd. 20.

sión, los que pueden ser de propiedad del concedente, del concesionario, o de uno y otro a la vez. Para ello debe tenerse en cuenta lo señalado en el capítulo de servicios públicos y las diferencias apuntadas en cuanto a que, en general, las concesiones prevén la transferencia de los bienes en comodato al prestador y las licencias, en cambio, los bienes se transfieren en propiedad.

Los bienes que son de propiedad del Estado, afectados al servicio, continuarán siendo de su propiedad. En cambio, los bienes que son de propiedad del prestador, es muy frecuente que en los contratos de licencia se incluyan cláusulas ("cláusulas de reversión"), que establezcan que los bienes de propiedad del prestador afectados al servicio, una vez concluida la habilitación, pasen al dominio del Estado o al próximo prestador que indique el Estado, siempre abonando una indemnización a favor del prestatario según se disponga en la habilitación.

La forma normal, regular y prevista de extinción de los contratos de concesión de servicios públicos resulta de la expiración del término de duración en ellos establecido. Una vez producido el vencimiento de ese plazo, la relación contractual con el concesionario se extingue y la Administración Pública pasa a garantizar la continuidad del servicio o se transfiere al próximo prestador particular, si así estuviere previsto en la normativa sectorial.

La concesión puede ser renovada o prorrogada por convención de partes antes o después del vencimiento del contrato. A su vez, el contrato de concesión puede reconocer al concesionario un "derecho de preferencia" que debe ser expreso.

La renuncia o el abandono del servicio por parte del concesionario a la concesión que le fue otorgada no es, ni puede ser, por sí misma, un medio idóneo para extinguir una concesión, sino que para ello es preciso que sea expresamente aceptada por la Administración concedente, con lo que se produce, en realidad, una forma de rescisión convencional, formalizada por ambas partes y con acuerdo de ellas, es decir, sobre la bases de un nuevo consentimiento destinado a ese objeto.

Por su parte, la Administración Pública puede disponer la rescisión de un contrato de concesión de servicios públicos, en forma unilateral, cuando lo imponen razones de conveniencia, oportunidad o mérito, que la Administración ha apreciado, es decir, cuando el interés público lo exige y lo hace necesario. Estamos aquí frente a un modo específico de conclusión de este contrato, que es conocido en doctrina bajo la denominación de "rescate". Por su puesto que la rescisión de la Administración Pública de proceder debe ser siempre fundada y los motivos invocados relevantes para justificar tal decisión.

En este caso la Administración queda obligada a indemnizar al concesionario en forma íntegra, es decir compensar en forma íntegra el daño emergente y el lucro césante. Éste es la expresión de la potestad rescisoria que es propia de la Administración en todos los contratos administrativos. Implica la liquidación de la relación contractual y la adquisición, por parte de la Administración, de los bienes que estén afectados a la prestación del servicio.

La doctrina coincide en términos generales en que cuando el contrato de concesión ha previsto el rescate y regulado sus efectos, en especial las indemnizaciones debidas al concesionario, sus términos deben ser aplicados. Sin embargo, hay opiniones divergentes en cuanto a la validez de las cláusulas que prohíben el rescate a la Administración, como ocurre por ejemplo, en el marco regulatorio del gas natural según la ley 24.076 y su reglamentación. Para un sector (SALOMONI, COMADIRA), esas cláusulas son inconstitucionales pues afectan la facultad de la Administración de decidir, en cualquier momento, dicho rescate. Para otros autores (CASSAGNE, MAIRAL, TAWIL), en cambio, las cláusulas son válidas en el entendimiento que conforman el régimen específico de cada contrato.

Por otra parte, se ha discutido a qué autoridad corresponde la facultad de imponer, en relación con el contrato que ahora nos ocupa, las sanciones rescisorias, habiendo prevalecido, la opinión de que ellas pueden ser impuestas directamente por la Administración Pública, manteniendo el concesionario la posibilidad de acudir a la instancia judicial competente.

Finalmente cabe recordar que cuando la administración traspasa los límites de su potestad modificatoria, cuando altera la existencia y configuración del contrato celebrado, afectando, al mismo tiempo, la ecuación económico financiera sobre la cual se basó la relación contractual, el concesionario tiene derecho a solicitar, o bien una indemnización adecuada o, en su caso, el restablecimiento de la ecuación económico financiera, o bien la rescisión, que podrá requerir a la autoridad administrativa o a la autoridad jurisdiccional judicial correspondiente. La rescisión, pronunciada por esta causal, dará lugar a que el concesionario sea íntegramente indemnizado, puesto que ha sido ajeno a las circunstancias que los llevaron a la rescisión.

En cuanto a la situación de quiebra del concesionario, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el decreto 1834/200299 mediante el cual se disponen medidas para las empresas prestadoras de servicios públicos frente a contingencias económicas o precesos judiciales.

7. La naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario y el usuario

Se han vertido los siguientes criterios en relación a las características de la relación que se suscita entre el concesionario y el usuario en el marco de la concesión de servicios públicos⁹⁵.

⁹⁵ PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", AAVV, *Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 153. También puede verse SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "El Fundamento y los orígenes de la jurisdicción, la competencia y otras cuestiones sobre el proceso administrativo", en *Derecho Administrativo*, Año 21, Buenos Aires, 2009, p. 291.

a) Tesis de la naturaleza privada y contractual

Esta tesis afirma que dado que tanto el usuario como el concesionario son sujetos privados, las relaciones que entre ellos traban son de índole jurídico-privada. Para esta doctrina, el vínculo que une al usuario con el concesionario no es igual al que une al usuario con la Administración. El hecho que la relación Administración-concesionario tenga carácter público en nada incide o afecta el nexo jurídico concesionario-usuario.

Ello es así porque el concesionario no se presenta como un sujeto público, sino como un empresario que vende el producto de su servicio y por el cual el usuario abona una contraprestación o precio de carácter privado.

Se afirma, además, que los aspectos públicos predeterminados y ajenos a la autonomía de la voluntad no modelizan dicha relación mucho más de lo que hacen lo hacen los contratos de adhesión del Derecho Privado⁹⁶.

GARCÍA DE ENTERRÍA refiriéndose al nexo usuarios-concesionario decía terminantemente, inequívocamente y, en cualquier caso, con precio libre o tarifado, son relaciones privadas, sometidas al Derecho común y a la jurisdicción del servicio⁹⁷.

CASSAGNE, ha sostenido que todo lo relativo a la relación entre el concesionario y el privado se rige por el derecho privado, sin perjuicio de los aspectos de todo lo atiente al servicio público que se rige por el derecho administrativo. Afirma el autor que tal principio puede variar por obra del ordenamiento en aquéllos servicios que han sido objeto de regulaciones legislativas y reglamentarias.

El criterio contractualista fue también sostenido por un prestigioso e importante número de civilistas. En las VII Jornadas de Derecho Civil y Comercial y Procesal llevadas a cabo en Junín 5, 6, 7 de septiembre de 1996, la comisión 1 concluyó en que "Cuando el servicio es prestado por empresas concesionarias, la relación jurídica contractual se rige por principios constitucionales y las normas del derecho privado"⁹⁷.

b) Tesis de la naturaleza pública

Otro importante sector de la doctrina afirma el carácter jurídico administrativo de la vinculación que media entre el usuario efectivo y el concesionario.

Así, MERTEHIKIAN sostiene que "en tanto nos encontramos ante un servicio público, las relaciones entre los prestadores y usuarios estarán sometidos a idéntico

régimen de derecho público, no siendo libre la actividad de aquéllos, por cuanto estará ceñida a las reglas y principios del servicio, esto es igualdad, uniformidad, regularidad universalidad"⁹⁸.

Como consecuencia de lo dicho se sostiene que la relación que vincula al usuario con el concesionario está regida por normas y principios de derecho público⁹⁹. Se agrega, además, que el interés público prevalece sobre el mero móvil privado de lucro.

Entre los partidarios de esta posición es posible distinguir entre quienes sostienen que la relación es de carácter estatutaria o reglamentaria regida íntegramente por el derecho administrativo¹⁰⁰ 106; y aquellos que afirman que la relación del usuario con el prestador del servicio es de carácter pública, una vinculación contractual de carácter administrativo¹⁰¹.

c) Tesis mixta

Otros autores opinan que deben diferenciarse dos tipos de relaciones en el marco de la vinculación de usuarios con concesionarios, como ser la de admisión y la de carácter contractual. En tal sentido, por ejemplo, ARIÑO ORTIZ afirma que en los grandes servicios públicos se observa un proceso de publicación de la relación. Dicha característica se deriva sobre todo de la existencia de una función de dirección, control y revisión por parte de la Administración sobre el servicio y, por ende, sobre las relaciones concesionario y usuario. Ello no obsta a que medien aspectos puramente privados en esa relación.

Esta doctrina concluye afirmando entonces que nos encontramos ante una relación jurídica de carácter mixto (contractual - reglamentario): "una parte tiene una clara naturaleza pública, en cuanto está sometida en todo a la reglamentación pública del servicio y, en estos aspectos está puesta bajo la vigilancia y protección de la administración, que tiene respecto de ellos, el "privilegio de la decisión previa" y,

⁹⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo, "La regulación de los servicios públicos privatizados", RAP N° 197, p. 10, FARRANDO, Ismael (h), en la obra colectiva *Los servicios públicos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 43.

⁹⁹ BENOIT, criticando la jurisprudencia del Concejo de Estado Francés, señala que el usuario se encuentra en la misma situación jurídica que el usuario de los servicios propiamente administrativos, es decir en una legal y reglamentaria. (cfr. PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y de los concesionarios...* ob. cit., p. 154.

¹⁰⁰ Duguít, Jeze, Alessi, Díez, Serra, Díez, Sete. Duguít afirma que entre el concesionario de un servicio público y el usuario no nace un contrato, sino una relación de derecho, por que el particular realiza un acto unilateral de voluntad conforme a la ley del servicio (cfr. De la situación des particuliers à l'égard des services publics", (Reveu du Droit public, 1907, p. 409, citado por RIVERO YERN, Enrique, *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo y Universidad de Sevilla, 1967, p. 177, PERRINO, Pablo, ob. cit., p. 155.)

¹⁰¹ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Cap. XVII, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 14.

⁹⁶ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Aguirre, Madrid, 1976, p. 27 citado por PERRINO en la obra de la nota al pie precedente, p. 153.

⁹⁷ JA, 1996-IV-1027.

como consecuencia, su revisión judicial siendo atribuida a los tribunales contencioso administrativos¹⁰². En todos los aspectos no regulados por la situación reglamentaria la regulación será de orden civil¹⁰³.

Es conocida la tesis sostenida por BARRA quien afirma sobre la delegación transestructural de cometidos según la cual el concesionario es un delegado de la Administración que gestiona cometidos públicos¹⁰⁴. Al respecto, afirma la distinción entre el núcleo de la delegación y las otras actividades que no integran dicho núcleo central, aunque puedan estar vinculadas. Concluye afirmando que las relaciones entre el delegado y los usuarios, en la medida estricta de la delegación, serán regidas por el derecho administrativo. En cambio, las relaciones que no afecten el núcleo central de la delegación quedarán regidas por el derecho privado¹⁰⁵.

d) Tesis de Marienhoff

Según esta autorizada doctrina la relación de concesionario y usuario depende del carácter obligatorio o facultativo del servicio para el usuario: si el servicio es de utilización obligatoria para el usuario la relación es de tipo reglamentario y, por ende, regidas por normas administrativas. En cambio, si la utilización es facultativa el vínculo es de naturaleza contractual y sometido al derecho común¹⁰⁶.

e) Las tendencias actuales. Remisión

Como vemos, se discute actualmente se discute si la relación entre el concesionario y el usuario de un servicio público es de carácter contractual o de naturaleza consumeril, es decir, si se trata de un vínculo similar al que se entabla entre el proveedor de cualquier bien y servicio y un usuario en los términos de la ley de defensa del consumidor (LDC)¹⁰⁷. Dadas las implicancias y utilidad práctica del tema, lo trataremos en profundidad en el apartado siguiente en forma conjunta con el contrato de concesión de obra pública.

¹⁰² ARÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 428.

¹⁰³ Ibidem p. 28.

¹⁰⁴ BARRA, Rodolfo Carlos, "La concesión de obra y servicio público en el proceso de privatización", *Rev. De Derecho Administrativo*, N° 6, ps. 32 y 33.

¹⁰⁵ En el mismo sentido se ha señalado que en la relación concesionario-usuario pueden distinguirse dos planos: el servicial y el empresarial. SOUVIRON MORENILLA, José María, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, p. 543 citado por PERRINO, Pablo, p. 156.

¹⁰⁶ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 2ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, ps. 590-591.

¹⁰⁷ La ley 24.240 establece las normas de Protección y Defensa de los Consumidores. La normativa fue sancionada el 22/09/1993 y Promulgada Parcialmente: octubre 13 de 1993.

8. La relación entre el concesionario de obra o servicio público y el usuario: ¿relación estatutaria o relación de consumo?

La sociedad de consumo y las técnicas de contratación masiva han convertido el derecho del consumo en una rama compleja, sujeta a una rápida evolución y expuesta a variadas interpretaciones. Es compleja pues se funda en múltiples fuentes (normativas, jurisprudenciales, etc.) que deben ser compatibilizadas pues a veces compiten o entran en conflicto. Es de rápida evolución porque estas fuentes deben adecuarse con velocidad a las necesidades del mercado, nuevas fronteras de la tecnología y expectativas de los consumidores.

Por otra parte, la conceptualización de los contratos públicos, género al que corresponde la especie de los contratos administrativos, es una cuestión controvertida en nuestra disciplina. Sin embargo, las notas tipificantes de la noción que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha venido modulando caso por caso muestran cierta superposición o puntos de contacto entre ambos regímenes (contratos públicos y de consumo), como veremos a continuación.

Los puntos de contacto entre el derecho público y el régimen de defensa del consumidor pueden ser analizados desde tres perspectivas diferentes e igualmente relacionados entre sí, como son:

a) El plano axiológico o conceptual en el que se discute si las aludidas relaciones resultan similares o, por el contrario, incompatibles entre sí y, en su caso, con qué alcances.

b) El plano normativo, en el que como sabemos, contamos con el artículo 42 de la Constitución Nacional que consagra los derechos de los usuarios y consumidores y la ley 24.240 que establece la aplicación directa de dicha normativa a los servicios públicos domiciliarios y corresponde establecer su proyección sobre los servicios no domiciliarios y el resto de los contratos públicos.

c) El plano jurisprudencial, en el que incipientemente se aplica la normativa de defensa del consumidor en materia de concesión de obra y servicios públicos, razón por la cual es necesario delinear las tendencias en esta materia.

a) El análisis en el plano axiológico o conceptual

El primer aspecto que nos proponemos consiste en establecer si, a efectos de determinar el régimen de tutela de los usuarios de obras o servicios públicos, estamos en presencia de una relación de consumo propia del Código Civil y Comercial, la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) o de otra índole. Es decir, establecer si la relación que se entabla entre el concesionario y el usuario de la obra o servicio público debe ser analizada, para determinar el ámbito de tutela del sujeto afectado, como una relación estatutaria de derecho público o como relación de consumo. Más específicamente, nos preguntamos si podemos hablar de relación de consumo en el ámbito

del derecho público, de los servicios y obras públicas o hay incompatibilidad entre ellas¹⁰⁸. La respuesta a este interrogante no es ociosa pues ella se encamina a establecer la arquitectura procesal tuitiva aplicable a este tipo de relaciones y conflictos que se suscitan en tales casos.

Cabe decir que se han esbozado tres tesis a cerca de la cuestión de la protección o tutela de los usuarios y consumidores de servicios públicos, en sede administrativa y judicial¹⁰⁹.

a) 1. Tesis afirmativa

Esta tesis es favorable a una protección especial, específica de aquellos sujetos que se benefician actual o potencialmente con una obra o servicio público: se los protege como consumidores, esto es, como sujetos involucrados en una relación de consumo que los liga o vincula con el prestador de esta especial relación de servicios. Es decir, según esta posición, la relación de servicio público sería igual a la relación de consumo y, en consecuencia, aquélla estaría amparada por la legislación de defensa del consumidor. Esta sería la tesis que recepta la ley de defensa del consumidor en su redacción actual y que, como veremos, presenta ciertas vicisitudes en su aplicación práctica.

a) 2. Tesis intermedia

Esta tesis señala que la relación de servicio público sería tan sólo similar a la relación de consumo, con evidentes diferencias entre ambas. Afirmar la consideración de ciertos límites —subjetivos o de otra clase— a la tutela de protección, en sede administrativa o judicial, de quienes se benefician actual o potencialmente con el servicio público como si fueran consumidores. Se dice que, más allá del parecido o similitud entre ambas relaciones (por ejemplo, en sendos casos existe un servicio que un sujeto brinda en favor de otro en determinadas condiciones de calidad), existen diferencias sustanciales en cuanto al contenido de esas prestaciones (por ejemplo, se impone un determinado deber de seguridad a favor de quien utiliza un servicio público que no se presenta quien utiliza un servicio comercial cualquiera).

¹⁰⁸ Al respecto y para ver una crítica a la utilización de esa terminología ver BARRA, Rodolfo - SERRANO, Marcos, "Comentarios acerca de la responsabilidad del Estado. A propósito de una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la relación concesionario vial-usuario y los accidentes causados por animales sueltos en las rutas concesionadas", *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 919 y ss.

¹⁰⁹ SACRISTÁN, Estela, "Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿es la relación de consumo compatible con el servicio público?", *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 324 y ss.

a) 3. Tesis negativa

Esta tesis niega la posibilidad de otorgar, a quienes se benefician actual o potencialmente con el servicio público, una tutela administrativa o judicial diferenciada propia de los consumidores. Ello, en razón de que según esta posición habría una incompatibilidad inconciliable, intrínseca, evidente e irreductible entre consumo y servicio público. Esta posición, que es sostenida por autorizada doctrina en nuestro país (GELLI, PÉREZ HUALDE, SACRISTÁN), señala que las diferencias derivan básicamente de los distintos tipos de mercados en los que se desenvuelven ambas relaciones: la relación de consumo presupone presencia actual o potencial de mercado y, por lo tanto, la posibilidad actual o potencial de elección por parte del usuario. En cambio, el servicio público implica todo lo contrario, es decir, un monopolio natural o legal y ninguna posibilidad de elección por parte del usuario. Los presupuestos que deben considerarse para abordar esta última tesis serían los siguientes:

1. La preexistencia de un contexto de libertad de industria o de comercio, tal como consagra la Constitución Nacional (cfr. art. 14, 42 y concs.). Es decir, que exista un mercado en el que se apliquen la defensa de la competencia, la lealtad comercial y la defensa del consumidor.

2. La posibilidad de elegir, actual o potencialmente, asistiría al consumidor en ese contexto de libertad. En el marco de esa libertad de elección se formaría la relación de consumo entre el consumidor que elige, por un lado, y proveedor—del bien o servicio—por el otro¹¹⁰.

3. El reconocimiento de ciertas actividades que son declaradas servicio público por parte del legislador (a través de la técnica de la *publicatio*) y que son retiradas, en consecuencia, de ese ámbito de mercado, del régimen de libertad de industria y por consiguiente del marco de libertad de elección del consumidor. Ello por cuanto la actividad de que se trata un servicio público importa un monopolio natural (por razones de eficiencia) o legal (dispuesto legislativamente) en el cual el usuario no puede elegir su prestador.

En definitiva, la relación de consumo presupone presencia de mercado y, por lo tanto, la posibilidad de elección. El servicio público implica todo lo contrario, es decir, un monopolio natural o legal y ninguna posibilidad de elección por parte del usuario. Según estos argumentos, entonces, se sostiene que la relación del usuario del servicio público es diferente a la situación del usuario en la relación de consumo según la LDC.

¹¹⁰ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 584 y 585. La autora sostiene que relación de consumo supone un convenio y la posibilidad de elección, en cambio, el servicio público es la no competencia, pues, según la autora, sólo en la medida en que se abran los mercados de prestación de servicios públicos a la competencia, se le aplicará la legislación de defensa de la competencia.

b) La cuestión en el plano normativo

En cuanto a la aplicación de la ley de defensa del consumidor a los prestadores de servicios públicos, recordemos que la ley 24.240¹¹¹ establece un régimen de responsabilidad objetiva, tuitiva de los usuarios y consumidores, en consonancia con lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional que dispone que los consumidores y usuarios de los servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos.

Entre las notas salientes e innovadores de la regulación de la relación de consumo de la LDC, puede señalarse que el nuevo régimen¹¹²:

- a) Diseña un sistema especial, protectorio, de orden público, con soluciones preventivas, colectivas y de implementación (dotadas de eficacia real y concreta);
- b) Reglas de interpretación de la ley y del contrato, a favor del consumidor;
- c) Deberes específicos de información y seguridad;
- d) El carácter vinculante de la oferta y los contenidos de la publicidad comercial;
- e) Un régimen especial de garantías legales y responsabilidad civil objetiva y solidaria (incluyendo como legitimado pasivo, entre otros, a quien pone la marca en el producto);
- f) Presunciones legales favorables al usuario, en materia de servicios públicos;
- g) Controles jurídicos sobre ventas a distancia, crédito al consumo, contratos por adhesión y cláusulas abusivas;
- h) Reglamentación del poder de policía y mandato para la elaboración de políticas públicas de defensa del consumidor;
- i) Acciones judiciales preventivas y colectivas, sistema procesal basado en la gratuidad y celeridad;
- j) Reglas sobre educación, descentralización en la aplicación de la ley y fomento a las asociaciones de consumidores.

En el plano normativo debemos indagar, en primer lugar, sobre el modo en el que debe conjugarse la integración normativa entre los regímenes de defensa del consumidor, por un lado, y las regulaciones sectoriales de los servicios públicos, por el otro; y, en segundo lugar, preguntarnos a cerca de las vicisitudes que se generan en torno a las múltiples autoridades de aplicación de esos regímenes y la doble vía de reclamo.

En cuanto al primer aspecto (la integración normativa), el texto original de la ley 24.240 establecía su aplicación supletoria respecto de los servicios públicos domiciliarios, esto es, aquellos servicios que llegan a cada frentista por medio de

conexiones que requieren instalaciones o artefactos específicos, y que se prestan bajo la órbita de órganos de control y marcos regulatorios específicos (art. 25, segundo párrafo, LDC). Esta disposición, por cierto, suscitó dudas respecto de su aplicación a los restantes servicios públicos y a las concesiones viales¹¹³.

Posteriormente, en el año 2008 con las modificaciones introducidas mediante la ley 26.361¹¹⁴, la LDC dejó tener carácter supletorio para aplicarse en forma directa a los servicios públicos señalados disponiéndose, además, que en caso de duda sobre la normativa que rige el caso, será de aplicación la que resulte más favorable para el consumidor.

En tal sentido, el tercer párrafo del art. 25 establece que: "*Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor*".

El tema que se suscita nuevamente es si, a partir de la nueva redacción de la LDC, ésta resulta aplicable, además a los servicios públicos domiciliarios, a los no domiciliarios y otros vínculos de derecho público (p. ej. las concesiones viales). Al respecto y como respuesta a ese interrogante se ha señalado que, adicionalmente al precitado art. 25 de la LDC, las laxas nociones de "consumidor" y "proveedor" que contienen los artículos 1^o¹¹⁵ y 2^o¹¹⁶ introducidos por la ley 26.361 y la igualmente

¹¹³ A favor de la aplicación de la LDC se pronunciaron, entre otros, LORENZETTI, Ricardo "Concesiones Viales ¿En qué casos hay responsabilidad?", *Rev. de Derecho de Daños*, p. 157, GALDOS, José M., "Peajes y animales sueltos ¿clausura de un debate?", *LL*, 2000-E-494.

¹¹⁴ Ley 26.631 (B.O. 07/04/2008).

¹¹⁵ El artículo 1^o dispone: "Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". (Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

¹¹⁶ El artículo 2° establece: "Proveedor Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación". (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

¹¹¹ B.O. 15/10/1993.

¹¹² La enumeración corresponde a STIGLITZ, Gabriel A., "A veinte años de la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor", *LL*, 16 de abril de 2013.

amplia conceptualización de la “relación de consumo” que aparece en el artículo 3º¹¹⁷ de la LDC, parecen alcanzar a todos los servicios públicos, no sólo los domiciliarios, e incluso a las concesiones viales¹¹⁸.

En definitiva, en referencia a la reforma introducida por la ley 26.361, parece razonable sostener que para la LDC el nexo establecido entre el usuario y el prestador de un servicio público se califica como una relación de consumo¹¹⁹.

En cuanto al segundo aspecto (la cuestión de la Autoridad de aplicación y la doble vía para reclamar), la LDC prevé, después de la reforma de la ley 26.361, un doble sistema de reparación de los daños que sufran los usuarios y consumidores pues, además de la posibilidad de reclamar el resarcimiento en el ámbito judicial, se ha incorporado la reparación de los daños directos en sede administrativa, cuyo monto es limitado por la misma ley.

En efecto, el artículo 41 de la LDC dispone que la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción es la autoridad nacional de aplicación de esa ley. Asimismo, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actúan como autoridades locales de aplicación de la LDC respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones. El artículo 42 especifica, por su parte, que estas autoridades tienen facultades concurrentes en el control y vigilancia en el cumplimiento de la LDC.

Adicionalmente, el artículo 25 de la LDC establece que “[...] Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley”.

En consecuencia, según la LDC, el usuario de servicio público podrá formular su reclamo ante la Autoridad administrativa en cualquiera de las jurisdicciones, sea en el ámbito nacional, provincial o municipal¹²⁰. Además, tiene la posibilidad de radicar su reclamo ante el Ente creado en la regulación sectorial del servicio público involucrado.

¹¹⁷ El artículo 3º reza: “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”. (Artículo sustituido por art. 3º de la Ley Nº 26.361, B.O. 07/04/2008).

¹¹⁸ En igual sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 329:4944.

¹¹⁹ CICERO, Nidia K, La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos, JA, 2009-I-1198 citada por PERRINO, Pablo, La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados, ob. cit. p. 370.

¹²⁰ Se suscita, como vemos, una situación similar a lo que ocurre en material, ámbito en el cual la Nación fija ciertos estándares mínimos y los Estados locales, en todo caso, fijan “mejores condiciones de protección” ó un ámbito más completo de exigencias.

Ahora bien, cabe preguntarse si tal sistema reclamatorio amplio establecido por la LDC es realmente ventajoso para el usuario de un servicio público afectado en un caso concreto. En una primera aproximación podría conjeturarse que la presencia de varias vías reclamatorias siempre es conveniente para el usuario pues amplía el derecho a peticionar en los términos de los artículos 1º, 14 y 42 de la CN. Ahora bien, para el usuario que frente a un corte de suministro o cualquier otra vicisitud inherente a la prestación del servicio público (p.ej. facturación errónea, demoras en el envío de facturas de servicio, etc.), es decir, el usuario que está interesado en realidad en contar con un servicio de calidad y eficiencia, podría resultar disvaliosa la multiplicidad de vías de reclamo pues si acude a la Autoridad de la LDC, ésta no puede disponer la reconexión del servicio ni medidas que consideren integralmente la situación del servicio (sólo daños tarifados). En tales casos, es decir, en aquellos supuestos en los que el usuario acude a la autoridad de aplicación de la LDC para resolver un problema inherente a un servicio público, aquella autoridad de defensa del consumidor remitirá los antecedentes del caso a sede del Ente Regulador —con competencia según el marco regulatorio sectorial— para que prosiga las actuaciones según su estado. Éste parece ser el temperamento que se impone en la práctica; aunque también se presentan casos en los que, frente al conflicto referido a la prestación del servicio público, la autoridad de defensa del consumidor convoca a una reunión o audiencia entre el usuario y el representante del prestador del servicio público para resolver amistosamente el asunto.

Vinculado al tema de las distintas vías de reclamo analizaremos, finalmente, la cuestión referida a la reparación del daño directo en sede administrativa que, como podemos anticipar, se relaciona con lo tratado en el capítulo de servicios públicos con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Ángel Estrada”.

La modificación de la LDC facultó a las autoridades administrativas de aplicación de dicha normativa a condenar, en el marco de un procedimiento administrativo, al resarcimiento del denominado daño directo derivado del comportamiento de proveedores de bienes y servicios.

Así, en el artículo 40 bis se prescribe: “Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.

Si bien son varios los aspectos de esta norma que suscitaron la atención de la doctrina y jurisprudencia (por ejemplo, los alcances del concepto de daño directo, los límites del tope indemnizatorio, entre otros), el tema de interés aquí es, como anticipamos, el referido a la validez constitucional de la facultad de la autoridad de aplicación de la LDC para condenar a indemnizar el daño directo en esa sede administrativa teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema en la causa “Ángel Estrada” en la cual, recordemos, el Máximo Tribunal restringió considerablemente esa posibilidad en relación a los Entes reguladores de servicios públicos..

Finalmente, el Código Civil y Comercial, en el Libro III de los “Derechos Personales”, regula en el Título III los contratos de consumo, respecto de los cuales trata los siguientes aspectos: la relación de consumo (capítulo I), la formación del consentimiento (capítulo II), modalidades especiales (capítulo III) y las cláusulas abusivas (capítulo IV).

Ahora bien, teniendo en cuenta esos antecedentes suscitados en el marco de los servicios públicos, queda planteado el interrogante de cuál podría ser el criterio del Máximo Tribunal en el caso que deba pronunciarse sobre el ejercicio de esa potestad, ahora, por parte de la autoridad de defensa del consumidor en los términos de la regulación de esta figura en el CCyC, la ley 24.240 y sus modificatorias.

c) La cuestión en la jurisprudencia) La cuestión en la jurisprudencia

Las mayores novedades a este respecto provienen del ámbito del contrato de concesión de obra pública, en torno a la jurisprudencia vinculada a la responsabilidad que corresponde por accidentes producidos en las rutas por la existencia de animales sueltos, y del contrato de concesión de servicio público, en los casos de corte o insuficiencia en los servicios que producen perjuicios a los usuarios. En ambos supuestos, a efectos de indagar a quién corresponde el deber de responder como consecuencia de los daños producidos, la jurisprudencia ha vertido significativos pronunciamientos sobre la naturaleza del vínculo que se genera entre el concesionario y el usuario: ¿se trata de una relación de consumo o, por el contrario, de una relación de derecho público que excluye las disposiciones de la LDC o, en su caso se aplican las normas de ambos regímenes?

En respuesta a este interrogante, recordemos que la Corte Suprema de Justicia había tenido ocasión de señalar que la relación entre el concesionario y el usuario consiste en un contrato sometido a un régimen jurídico privado¹²⁹.

En fecha más reciente, el Alto Tribunal sostuvo que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de éstas es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente. No obstante, en ese caso concreto, entendió que, sin perjuicio de interpretar que las protección de la relación de consumo tiene sustento en el art. 33, Norma Fundamental, lo cierto era que no resultaba posible la aplicación de la ley 24.240, pues dicha norma se sancionó con posterioridad a la fecha del accidente (año 1991) que había originado el reclamo. Y, en ese sentido, postuló que en el derecho vigente a la época del evento dañoso, el vínculo era contractual, regulado por el Código Civil, ya que no cabe duda alguna que la relación entre el concesionario y el usuario es diversa a la que el primero tiene con el Estado, y que este último paga un precio o canon para el uso de la ruta y los servicios subsidiarios¹²¹.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bianchi” y otros posteriores¹²², abandonó el criterio que había sentado en “Colavita”¹²³, para adoptar la posición que había adelantado la disidencia del ministro Vázquez en este último. En el considerando 2 de la posición mayoritaria en el caso “Bianchi”, luego de brindar argumentar por qué no correspondía en este tipo de situaciones la responsabilidad del Estado por “omisión”, señaló que “*forzoso es concluir que tampoco cabe atribuirse a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario —por la delegación de funciones propia de la concesión— derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente [...]*”¹²⁴.

El mismo espíritu tuitivo del consumidor se refleja también en materia de concesión de servicios públicos, por ejemplo, en los casos de accidentes que se producen en el ámbito del sistema ferroviario. En la causa “Ledesma”, por ejemplo, que se trata de un supuesto en el que un pasajero había insertado su pie en el gallo al salir del vagón del subterráneo, o del fallo “Uriarte”¹²⁵, en el que se responsabilizó

¹²¹ “Bianchi, Isabel”, Fallos 329:4944 (2006), cons. 3°.

¹²² Por ejemplo, la SCJN mantiene ese criterio en “Martínez Lamas” (2006); “González Torres” (2007).

¹²³ “Colavita”, Fallos 323:318 (2000). La jurisprudencia de la corte exoneraba de responsabilidad al concesionario y a la Provincia ante la imposibilidad de controlar animales sueltos en la ruta y porque esa obligación de seguridad no estaba prevista por el legislador. El ejercicio del poder de policía no podía obligar a la provincia con semejante amplitud ni al concesionario a responder por los daños causados por un animal mostrenco. Resulta materialmente imposible que los concesionarios puedan advertir de inmediato cualquier animal suelto en el camino, lo que obviamente no es factible ni aun con medios absolutamente extraordinarios (ver PIZARRO, Ramón, “Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema”, LL, 30/06/2006. Fallo comentado: “Ferreyra, Víctor D. y otro c/ V.I.C.O.V.S.A.” (21/03/2006).

¹²⁴ Al respecto, ver BARRA, Rodolfo - SERRANO, Marcos, Comentarios acerca de la responsabilidad del Estado. A propósito de una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la relación concesionario vial-usuario y los accidentes causados por animales sueltos en las rutas concesionadas”, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 919 y ss.

¹²⁵ “Uriarte Martínez, Héctor”, Fallos 333:203 (2010).

al prestador del sistema ferroviario por un accidente ocurrido a un pasajero que viajaba en un vagón del tren que no tenía cerradas las puertas del mismo.

En la causa “Ledesma”¹²⁶, como señalamos, la actora, al salir del vagón del subterráneo, introdujo un pie en el espacio comprendido entre el vagón y el andén, y demandó a la empresa concesionaria, dueña de dicho vagón, por los daños sufridos. El dictamen de la Procuración General de la Nación consideró que, como se había invocado como causa del accidente el galibo del vagón el cual era aparentemente adecuado, en el caso se había concretado un accidente por impericia o negligencia de la propia actora al salir del coche, razón por la cual no correspondía responsabilizar a la prestadora. La Corte Suprema de Justicia resolvió, en cambio, que cabía atribuir responsabilidad a la empresa prestataria del servicio público de transporte ferroviario con base, en lo principal, a tres argumentos, a saber: (i) la obligación de seguridad que recae sobre el prestador del servicio público y que, en ese marco, debe adoptar todas las medidas para la protección de la vida y la salud de las personas¹²⁷ y la correlativa confianza de la persona en que el prestador se ocupó de su seguridad¹²⁸ y de preparar el descenso de modo tal que no sufra ningún tipo de daños¹²⁹; (ii) las medidas de gestión omitidas por prestador del servicio (en especial la obligación de disponer mayores frecuencias en los viajes, contar con personal instruido para el ordenamiento del servicio, etc.) y (iii) el trato digno, razonablemente entendido, del que es merecedor el pasajero, en el caso, como viajar cómodamente mientras utiliza el servicio público.

9. ¿Qué elementos en definitiva, conforman, una relación de consumo?

Si repasamos los apuntados argumentos o criterios por los cuales la jurisprudencia considera la relación de los concesionarios de obra y servicios públicos y los usuarios reviste naturaleza contractual regida por el Código Civil (ya que, como dice la Corte Suprema, “a la fecha del evento dañoso no se encontraba vigente la LDC”, cabe preguntarse si ellos son, en realidad, elementos definitorios o privativos de esa relación de consumo o son compartidos por otras ramas del derecho.

El argumento central por el cual se concluye que la relación entre el concesionario de servicio público y el usuario es de naturaleza contractual es la obligación de seguridad que recae sobre el concesionario. Este deber consiste, según puede leerse en los fallos referidos, en hacer llegar sano y salvo al sujeto transportado al final de recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (arts. 961, 968, 1061 y 1063

CCyC antes art. 1198, CC—) que integra la convención y permite interpretarla y el deber de custodia que recae sobre aquella¹³⁰. Sin embargo, esta obligación de seguridad, como nota distintiva, también está implícita y forma parte inescindible de cualquier relación jurídica amparada o no por la LDC. Es que, el deber de seguridad es inherente al vínculo obligacional sea de carácter público o de naturaleza privada, permanente o transitoria, pues la seguridad conforma un derecho humano esencial y no se encuentra acotado al universo de relaciones amparadas por la LDC.

Del mismo modo, el deber de brindar información al usuario por parte del proveedor u oferente tampoco es privativo de la relación de consumo, pues esta obligación es inherente o propio de cualquier relación jurídica entre una persona con un tercero que se encuentre en una situación de subordinación o por cualquier otra razón digna de tutela jurídica. En efecto, esta obligación de información también encuentra cabida en el derecho público pues, aún en la relación contractual pública, corresponde su resguardo como consecuencia del principio republicano de gobierno (cfr. art. 1º, CN). Lo mismo ocurre con el trato digno del que es merecedor el usuario de una obra o servicio público (por ejemplo, en el trato digno que merece en cuanto a los tiempos de espera ante un trámite administrativo, una respuesta motivada y oportuna por parte de la Administración Pública, etc.), ya que estos deberes están previstos, por ejemplo, en las respectivas leyes de procedimiento para la publicidad de los actos administrativos, los modernos Códigos o Cartas de los Ciudadanos que ciertas Provincias y Municipios adoptan en su relación con los Administrados como reflejo del Estado eficiente, etcétera.

En suma, pareciera que las notas distintivas utilizadas para diferenciar una relación de consumo (“seguridad”, “trato digno”, “información”, etc.) proyectan sus efectos e implicancias en todas las ramas del derecho e, incluso, en el ámbito del derecho público razón por la cual no sería posible marcar ninguna diferencia “de esencia o por naturaleza” entre aquél tipo de relación y la de derecho público. Además, cabría preguntarse si una posición contraria no importaría en realidad reconocer una doble ética¹³¹, una para los usuarios de servicios en la relación de consumo y otra diversa para el ciudadano cuando actúa frente al Estado como Administrado, lo cual pareciera muy opinable.

¹²⁶ CSJN “Ledesma; María Leonor v. Metrovías SA” del 22/04/2008.

¹²⁷ “Ledesma”, cit., consid. 6.

¹²⁸ “Ledesma”, cit., consid. 7.

¹²⁹ “Ledesma” cit., consid. 8.

¹³⁰ CSJN, “Ledesma”, cit. consid. 16.

¹³¹ BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 63 y ss.

CAPÍTULO XI LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

I. LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO. DERECHOS, DEBERES Y PROHIBICIONES

La relación de empleo público consiste en un vínculo jurídico de subordinación de un sujeto particular respecto del Estado, que cumple las funciones asignadas al órgano institución y se inscribe como especie del género de los “contratos administrativos”. En el ámbito nacional la relación de empleo público se encuentra regulada para el ámbito del Poder Ejecutivo por la ley 25.164 (B.O. 08/10/99) y su decreto reglamentario N° 1421/02; en el ámbito del Poder Legislativo por la ley 24.600 (B.O. 18/12/95) que se aplica al personal que presta servicios en el Congreso de la Nación y para el que lo hace en el Poder Judicial, el llamado “Reglamento para la Justicia Nacional” (Acordada de la CSJN del 17/12/52), sin perjuicio de la existencia de numerosos estatutos particulares aplicables a determinados sectores, o bien, convenios colectivos de trabajo según lo previsto en el art. 2° de la Ley de Contrato de Trabajo, es decir, que haya existido en el ámbito del sector público una expresa incorporación a dicho régimen, tal como ocurre con los trabajadores de bancos oficiales, agentes de la Dirección General Impositiva y de la Dirección General de Aduanas. Asimismo, resultan comunes a todas las disposiciones de la Ley de Ética Pública N° 25.188 (01/11/99) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759, B.O. 17/01/97). En el ámbito de la Provincia de Córdoba, rige en general la ley N° 7233 (B.O. 07/01/85), reglamentada por el Decreto 1080/86. Además, existen numerosos regímenes especiales, como por ejemplo: Estatuto del docente primario, decreto ley 1910/E/57; Estatuto docencia media, especial y superior, decreto 214/63; Ley Personal Policial 9728 reglamentada por decreto 763/12; Tribunal de Conducta Policial, ley 9120 reglamentada por el decreto 1753/03; Personal de Establecimientos de Salud, Ley 7625; Servicio Penitenciario, Ley 8231 reglamentada por el decreto 199/06; Personal del Poder Legislativo, Ley 5850 y Personal de Casinos, ley 5944.

En general, como requisito de ingreso a la Administración Pública se exige el de la nacionalidad (ser argentino nativo, por opción o naturalizado) que constituye uno

de los recaudos tradicionalmente presentes en los diversos estatutos que regulan la relación de empleo público. Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido ocasión de objetar la constitucionalidad de tal tipo de normas¹. También, son necesarias condiciones de conducta e idoneidad para el cargo, que se acreditan mediante los regímenes de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función pública y la aptitud psicofísica para el cargo. El Concurso Público es la forma más transparente para ingresar a la Administración Pública, o bien para ascender en la carrera administrativa. También es la forma usual para ingresar a la magistratura y para acceder a las cátedras universitarias, ya que la idoneidad a que alude el art. 16 de la CN para acceder a los cargos públicos no se presume, sino que hay que demostrarla. Los concursos en general constan de tres etapas que consisten en el análisis de los antecedentes de los postulantes, una prueba de oposición que puede consistir en el dictado de una clase pública en el caso de la docencia o la solución de un caso judicial en el ámbito forense y una entrevista personal con el Tribunal de concurso.

No puede ingresar a la Administración quien haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena; el condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal; el que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados; el inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos; el sancionado con exoneración o cesantía en la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, mientras no sea rehabilitado; el que tenga la edad prevista en la ley previsional para acceder al beneficio de la jubilación o el que gozare de un beneficio previsional, salvo excepciones; el que se encuentre en infracción a las leyes electorales; el deudor moroso del Fisco mientras se encuentre en esa situación y los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la condonación de la pena.

Entre los *derechos* de los agentes públicos podemos mencionar el de la estabilidad en su empleo; el derecho a una retribución justa; a la carrera administrativa; a la capacitación permanente; a la libre afiliación sindical; a gozar de licencias y justificaciones; asistencia social para sí y su familia; a la interposición de recursos administrativos; a la jubilación o retiro; a la renuncia y a condiciones de higiene y seguridad en el trabajo.

Entre los *deberes*, enumeramos el de prestar el servicio personalmente, con eficiencia, eficacia y buen rendimiento laboral; observar las normas legales y reglamen-

tarias y conducirse con el público y el resto del personal con respecto y cortesía; obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente; observar el deber de fidelidad que se derive de la índole de las tareas asignadas, guardar la discreción correspondiente o la reserva absoluta de los asuntos que así lo ameriten; declarar bajo juramento su situación patrimonial y modificaciones ulteriores; llevar a conocimiento de la superioridad todo acto, omisión o procedimiento que causare o pudiere causar perjuicio al Estado, configurar delito o resultar una aplicación ineficiente de los recursos públicos; concurrir a la citación por la instrucción de un sumario cuando se lo requiera como testigo; someterse a examen psicofísico según lo determine la reglamentación; excusarse de intervenir en toda actuación que pueda originar interpretación de parcialidad; velar por la conservación de los bienes que integran el patrimonio del Estado; seguir la vía jerárquica correspondiente a las peticiones y tramitaciones realizadas y encuadrarse en las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos.

Con respecto a las *prohibiciones*, en general a los agentes públicos les está vedado patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones; dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicio remunerados o no respecto de personas de existencia visible o jurídica que gestionen o exploten concesiones o privilegios de administración en el orden nacional, provincial o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas; recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración en orden nacional, provincial o municipal; mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el ministerio, dependencia o entidad en el que se encuentre prestando servicios; valerse directa o indirectamente de facultades o prerrogativas inherentes a sus funciones para fines ajenos a dicha función o para realizar proselitismo o acción política; aceptar dádivas, obsequios u otros beneficios u obtener ventajas de cualquier índole con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones; representar, patrocinar a litigantes o intervenir en gestiones extrajudiciales contra la Administración Pública; desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; hacer uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal.

II. LA ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO. EL ENFOQUE DE LA CSJN

La relación de empleo público puede estar regida por el derecho administrativo o por el derecho laboral. Este último caso se verifica cuando la repartición ha cele-

¹ CSJN, "Calvo y Pesini", Fallos:321:194 (1998); "Hooft", Fallos:327:5118 (2004); "Gottschau", Fallos:329:2986 (2006); "Pérez Ortega" (21-2-13)

brado convenio colectivo de trabajo, de acuerdo a lo previsto por el art. 2° de la LCT con lo que el derecho administrativo se ve desplazado por el derecho laboral. En tal hipótesis la aplicación de uno u otro ordenamiento no es indiferente. En efecto, el empleado regido por el derecho administrativo deberá agotar la vía administrativa a través de los recursos administrativos necesarios para obtener una decisión de última instancia en dicha sede como requisito de interposición de la demanda judicial, lo que no resulta obligatorio si se trata de un empleado público regido por el derecho laboral; los litigios en el primer caso son resorte del fuero contencioso administrativo, en el segundo del fuero laboral; la prescripción de las acciones no es igual ya que por regla en materia de impugnación de actos administrativos se habla más bien de plazos de caducidad para interponer la demanda, mientras que en materia laboral la prescripción es de dos años; los empleados regidos por el derecho laboral gozan en caso de duda, del beneficio de la interpretación legal más favorable al trabajador, mientras que los vinculados al derecho administrativo deben someterse al régimen exorbitante propio de los contratos públicos.

La estabilidad también reconoce una distinción, aun cuando la misma ha sido redefinida a causa de precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, la Constitución Nacional en su art. 14 bis, ha distinguido la "protección contra el despido arbitrario" propia de los sujetos privados, de la "estabilidad del empleado público". De esta manera, los primeros, regidos por el derecho privado, cuentan con estabilidad relativa, pues mediante indemnización pueden ser despedidos sin causa. Por el contrario, los agentes públicos, por tener estabilidad absoluta, no pueden ser objeto de esa medida, y sólo pueden ser dejados cesantes por haberseles comprobado la comisión de una falta disciplinaria, previo sumario administrativo. No obstante, en algunas épocas, se han aplicado leyes de racionalización administrativa o regímenes de prescindibilidad que han sido convalidados por la jurisprudencia por tratarse de circunstancias excepcionales.

Lo cierto es que, pese a estas distinciones, los empleados públicos cuyas reparticiones han celebrado convenio colectivo de trabajo, por lo general han visto modificada la pauta constitucional, pues se ha permitido el despido sin causa mediante el pago de una indemnización por antigüedad. Sin embargo, esta práctica generalizada ha sido descalificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Madorrán" donde estableció que aun cuando el Convenio Colectivo de Trabajo admitiera el despido sin causa, tal estipulación resultaba contraria a la estabilidad absoluta del empleado público, y por lo tanto inconstitucional².

² CSJN, "Madorrán", Fallos: 330:1985 (2005). En igual sentido se ha pronunciado la CSJN en los autos "Delfino", Fallos: 334:229 (2011).

Otro tema vinculado a la estabilidad y que por años ha generado una profunda distinción entre ambos regímenes tiene que ver con la situación de empleados públicos contratados que, en violación al sentido de dicha contratación, motivada según la ley por necesidades extraordinarias o por la especial calificación del agente, han visto prorrogados sus contratos en forma indefinida sin adquirir estabilidad y lo que es peor, realizando las mismas actividades que los trabajadores de planta permanente. En el ámbito laboral, tal situación tiene una regulación específica contenida en el art. 90 de la LCT, que presume fraude a la ley cuando se renueva sucesivamente un contrato de trabajo sin darse las condiciones que justifican una contratación temporaria. Para los empleados sujetos al derecho administrativo, en numerosas oportunidades se ha sostenido que *"el mero transcurso del tiempo no puede trastocar la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración"*³; además que *"el carácter permanente de las tareas asignadas al contratado tampoco importa borrar el título que dio origen a su nombramiento como transitorio"*⁴ e incluso que *"la mayor o menor conveniencia de recurrir a un sistema de incorporaciones transitorias o permanentes de personal constituye una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial"*⁵.

No obstante, a partir del año 2010 la CSJN comenzó a flexibilizar la rígida postura que había tenido el Tribunal por décadas, llegando a ordenar una indemnización por violación a la legítima expectativa de estabilidad. Así en la causa "Ramos"⁶. Se tuvo en cuenta la prórroga de contratos de empleo público por el lapso de veintiún años en violación al régimen legal del actor quien realizaba las mismas tareas que los trabajadores de planta permanente. Sin embargo, ese mismo día la Corte falló la causa "Sánchez"⁷ que a nuestro juicio, la mayoría, al rechazar la demanda, resolvió en forma contradictoria. En esta línea que ha comenzado a transitar el Alto Tribunal se inscribe lo resuelto con posterioridad en el caso "Cerigliano"⁸ y más recientemente en "González"⁹, debiendo rescatarse el cambio de criterio respecto a la postura clásica sobre la situación de los empleados contratados, aun cuando el Alto Tribunal, pare-

³ CSJN, "Casteluccio, Miguel Ángel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido", 05-10-99.

⁴ CSJN, "Vaquero, Mónica Silvia c/ Ministerio del Interior de la Nación" 23/08/81.

⁵ CSJN, Fallos: 310:2927; 312:1371, entre muchos otros.

⁶ CSJN, Fallos: 333:311 (2010).

⁷ CSJN, Fallos: 333:335 (2010). En este caso, según la postura de la mayoría, la contratación del actor se realizó bajo un régimen que permitía pactar prestaciones de servicios personales en forma transitoria, sin que eso implicara la creación de una relación laboral de dependencia.

⁸ CSJN, Fallos: 334:398 (2011).

⁹ CSJN, "González, Lorenzo Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", del 08/10/13, quien permaneció como "contratado" durante 23 años.

ciera que va analizando caso por caso y fijando los matices de cada uno, sin que quepan extraer conclusiones que pudieran ser aplicables en forma general.

Para el ámbito de la Provincia de Córdoba la Ley 7233 (B.O. 07/01/85) en su art. 40 (texto según Ley 10.173, B.O. 04/12/13) ha zanjado el problema de alguna manera al establecer que el personal contratado y transitorio, que haya prestado servicios en dicho carácter durante más de un (1) año continuo o discontinuo, tendrá derecho a una indemnización cuando la Administración dé por finalizada su relación laboral, la que será equivalente a un mes de la mejor remuneración percibida durante el último año, por cada año de servicio o fracción superior a tres (3) meses en virtud del contrato en cuestión.

Otro punto interesante, tiene que ver con la figura de los llamados “monotributistas”, que comúnmente se alega se encuentran en una relación laboral encubierta. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en la causa “Rica, Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros s/ despido”¹⁰ que un monotributista que prestaba servicios para una empresa no necesariamente tiene un vínculo laboral con ella, es decir no puede ser considerado como un trabajador en relación de dependencia, analizando la concurrencia en el caso particular de determinadas circunstancias. Se trató del caso de un médico del Hospital Alemán que reclamaba una indemnización por despido sin causa. El Alto Tribunal tuvo en cuenta que el vínculo no revestía los rasgos de una relación laboral, por cuanto el actor sólo recibía una contraprestación por los servicios efectivamente prestados, y no cobraba cuando transcurría un lapso en el cual no era convocado por las autoridades del Hospital. El médico era socio de una asociación que tenía injerencia directa dentro del hospital en la toma de decisiones sobre qué profesionales podían ser admitidos al nosocomio, cómo debían llevarse adelante las prácticas médicas y cómo eran distribuidos los honorarios. Además, que el profesional emitía facturas no correlativas cuyo importe difería todos los meses porque dependía de las prácticas que realizaba, que nunca hizo un reclamo impugnando la relación que lo unía con el Hospital durante los siete años que prestó servicios y que tampoco gozó de licencias o vacaciones pagas. Además, que el hecho que debiera respetar una serie de directivas emanadas de quien lo contrató, no resultaba por sí solo concluyente para acreditar un vínculo de subordinación. Si bien este precedente se da en el ámbito del derecho privado, el análisis de la Corte puede replicarse en el ámbito del empleo público, puesto que es bastante usual que el Estado utilice esta forma de contratación.

¹⁰ CSJN, 24 de abril de 2018.

III. LOS DESPIDOS DISCRIMINATORIOS

Otro avance de la CSJN ha sido la aplicación de la ley 23.592¹¹ (Actos Discriminatorios, B.O. 05/09/88) cuando como trasfondo de la ruptura del vínculo laboral subyace una práctica discriminatoria, ya sea por militancia gremial, ideología política, sexo, raza, religión, condición social o aspecto físico. Lo particular de este régimen jurídico consiste en que trae como consecuencia la nulidad del acto discriminatorio, con la consiguiente reincorporación del trabajador, con lo cual, no tiene cabida la sustitución del agravio o injuria por una indemnización por despido. Asimismo, se produce la inversión de la carga de la prueba una vez configurado un cuadro indiciario inherente a la posibilidad de la presencia de un acto discriminatorio. A tal efecto resultan esclarecedores los fallos del Alto Tribunal recaídos en los casos “Alvarez”¹², “Pellicori”¹³ y “Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”¹⁴, que si bien se encuentran referidos a trabajadores que se desempeñaban en el sector privado, sus conclusiones—incluso la ley 23.592—resultan plenamente aplicables al espectro de empleados públicos donde la discriminación es tan o más frecuente que en el sector privado.

¹¹ Artículo 1º. “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Art. 2º. Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Art. 3º. Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. Art. 4º. Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley 5º. El texto señalado en el artículo anterior, tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros (30) de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente. En el mismo al pie, deberá incluirse un recuadro destacado con la siguiente leyenda: “Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia”. Art. 6º. Se impondrá multa de \$ 500 a \$ 1.000 al propietario, organizador o responsable de locales bailables, de recreación, salas de espectáculos u otros de acceso público que no cumplieren estrictamente con lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la presente ley. Art. 7º. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

¹² CSJN, Fallos: 333:2306 (2010).

¹³ CSJN, Fallos: 334:1387 (2011).

¹⁴ CSJN, 4/9/2018.

IV. LAS REDUCCIONES SALARIALES

Otro de los derechos fundamentales de los empleados públicos es el correspondiente a percibir una retribución digna, aspecto que no siempre ha sido respetado, sobre todo cuando arrecia el fenómeno inflacionario que en definitiva licúa el poder adquisitivo de los asalariados. Además, en épocas de crisis económicas—que son recurrentes en nuestra historia—en algunas oportunidades a fin de contener el gasto público se han dispuesto reducciones salariales de los agentes públicos, que en algunos casos han sido convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en otros no. Así por ejemplo en el precedente “*Güida*”¹⁵ el Alto Tribunal convalidó el recorte salarial instrumentado por el Decreto 290/95, entendiendo que el mismo por su cuantía no era confiscatorio, no desnaturalizaba el concepto de salario como contraprestación debida al trabajador y se enmarcaba dentro de las potestades exorbitantes inherentes a los contratos administrativos, del cual la relación de empleo público forma parte. Luego en el caso “*Tobar*”¹⁶ la Corte revisa la doctrina sobre las reducciones salariales de los agentes públicos. Recordó que en “*Güida*” se pronunció a favor de la constitucionalidad del decreto 290/95 considerando que la disminución de las remuneraciones de los agentes estatales para el futuro, no producía una alteración sustancial del contrato de empleo público, dado que la quita no resultaba confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada. Las razones y circunstancias tenidas en cuenta en “*Güida*” para sostener la constitucionalidad de la reducción no se configuran respecto de la ley 25.453 (Déficit Cero). La devaluación operada, el acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones justificaron el nuevo enfoque, como así también que se trataba de un régimen de excepción sin límite temporal y que dejaba en manos del Poder Ejecutivo la determinación de los sueldos en función de la recaudación del mes anterior. En el caso “*Müller*”¹⁷ el Máximo Tribunal convalidó el recorte salarial dispuesto por el Decreto 430/00. También la CSJN¹⁸ declaró la inconstitucionalidad del decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta. Para ello tuvo en cuenta que si bien no es posible negar que el Estado, para conjurar en aras del bien común las llamadas situaciones de

¹⁵ CSJN, Fallos: 323:1566 (2000).

¹⁶ CSJN, Fallos: 325:2059 (2002).

¹⁷ CSJN, Fallos: 326:1138 (2003): “[...] La restricción salarial impuesta con sustento en el decreto 430/00 se extendió por un lapso de trece meses (desde junio de 2000 hasta julio del año siguiente), en el cual las remuneraciones de los agentes públicos no sufrieron el envilecimiento provocado por la devaluación de la moneda operada a partir del año 2002; circunstancia ésta que -entre otras razones- diferencia el caso de autos de la situación contemplada en el pronunciamiento dictado por esta Corte el 22 de agosto de 2002 en la causa T.348.XXXVIII “*Tobar, Leónidas c/ E.N. M° de Defensa - Contaduría General del Ejército Ley 25.453 s/ amparo Ley 16.986*”.

¹⁸ “Recurso de Hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” del 18/06/13.

emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados, esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad y de los tratados de derechos humanos, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables, que el mencionado decreto traspasó abierta y, sobre todo, largamente, agregando que dicho decreto parece haber olvidado cuatro principios de jerarquía constitucional: el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, la justicia social, el principio de progresividad y el derecho a perseguir su bienestar material y tres principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizado: el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, el compromiso de abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado y el principio *pro homine*, y también que el art. 14 bis de la Constitución Nacional es cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.

V. LA LIBERTAD SINDICAL

El art. 14 bis de la Constitución Nacional en consonancia con las normas emergentes de los Tratados de Derechos Humanos garantiza la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Asimismo, establece que los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. En nuestro país, la ley 23.551 (B.O. 22/04/88) de Asociaciones Sindicales reglamentó la directiva constitucional. En relación a la libertad sindical, uno de los fallos más relevantes por su trascendencia en la interpretación de la Constitución y su incidencia en el mundo de las asociaciones sindicales fue “*Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo*”¹⁹ donde el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art 41 (a) de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (B.O. 22/04/88) que exigía que para poder postularse para delegado gremial se debía pertenecer a una asociación sindical con personería gremial. Con posterioridad, una segunda declaración de inconstitucionalidad se refirió al art. 52 de aquella ley que sólo reconoce derechos gremiales a quienes integran asociaciones sindicales con personería gremial y no simplemente inscriptas²⁰. Finalmente, el Alto Tribunal se pronunció en una causa en la que la Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) y el señor Alberto Molina, empleado de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, promovieron la acción local de inconstitucionalidad solicitando que se declarara la in-

¹⁹ CSJN, Fallos: 331:2499 (2008).

²⁰ CSJN, “*Rossi*”, Fallos: 332:2715 (2009).

validez del decreto 5/2003 mediante el cual, el Intendente de dicha ciudad, invocando una situación de emergencia general, dispuso una rebaja de las remuneraciones de los agentes municipales. La Corte de Justicia de Salta rechazó la acción de ambos actores. Para así decidir, por un lado, entendió que A.T.E. “carecía de legitimación para representar los intereses colectivos” de los trabajadores del municipio salteño, por cuanto, para la fecha de promoción de la demanda, solo actuaba en el ámbito indicado como entidad sindical simplemente inscripta dado que otro sindicato, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta, gozaba de la personería gremial (art. 28, cuarto párrafo, de la ley 23.551) y, por ende, era este último, según lo dispuesto por el art. 31 del antedicho cuerpo legal, el que tenía el derecho exclusivo de representar los mencionados intereses colectivos. La CSJN revocó tal decisión, entendiendo que el derecho invocado por la coactora A.T.E. de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el reclamo judicial tendiente a la declaración de invalidez del decreto 5/2003 está inequívocamente reconocido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio N° 87 de la OIT, normas con las cuales es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art. 31. a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras²¹. También en “Codina, Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551” y “Piñero, Héctor Ramón c/ Subpga S.A.” del 11 de diciembre de 2014 la Corte Suprema revocó dos sentencias que privaron de la garantía de estabilidad a dirigentes de sindicatos sin personería gremial. Finalmente, en la causa “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, el Alto Tribunal, con fecha 24 de noviembre de 2015, declarándola inconstitucionalidad de los arts. 41 inc. “a” y 52 de la Ley 23.551 declaró la procedencia del otorgamiento de franquicias gremiales y licencias a delegados de un sindicato simplemente inscripto. Además, la Corte resolvió que un representante sindical solo puede ser privado de la garantía legal de estabilidad en su trabajo si el empleador demuestra previamente ante la Justicia que hay un motivo válido para suspenderlo o para despedirlo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que había privado a un docente universitario de la garantía legal de estabilidad en el puesto de trabajo que ampara a los representantes sindicales. Bajo el argumento de que el desempeño del

profesor Luis Raúl Calarota era deficiente, la Universidad Nacional de Rosario solicitó que se levantara la tutela especial que la ley le otorgaba por su condición de dirigente gremial. La Cámara Federal rosarina admitió el pedido afirmando que solamente correspondía efectuar un examen preliminar de las circunstancias del caso, ya que, a su entender, bastaba con que fuera verosímil la afirmación de que el desempeño del profesor era deficiente para quitarle el amparo de la ley sindical y, en consecuencia, habilitar a la Universidad para que adoptara las medidas que estimara pertinentes en lo relativo a su continuidad como docente. El Alto Tribunal sin efecto la decisión de la cámara. El voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda hizo hincapié en que tanto el artículo 14 bis de la Constitución Nacional como el Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo establecen que los representantes gremiales deben gozar de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical, entre ellas, las relacionadas con la estabilidad de su empleo a fin de evitar que sean despedidos por motivos relacionados con su actividad sindical. Asimismo señaló que, para implementar de modo eficaz tal protección, el artículo 48 de la ley 23.551 de asociaciones sindicales dispone que los representantes gremiales no pueden ser suspendidos ni despedidos durante el tiempo de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa; y que el artículo 52 de la ley refuerza la tutela legal estableciendo que los empleadores no pueden suspender o despedir a un dirigente sindical si no media una resolución judicial previa que lo excluya de la garantía. Ahora bien—conchuyó—, como la garantía legal consiste en que no caben la suspensión o el despido “salvo que mediare justa causa”, es indudable que esa resolución judicial previa a la que alude el artículo 52 solo puede dictarse a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque, y no como lo hizo la cámara limitándose a efectuar un examen superficial del caso para señalar simplemente que el motivo invocado por la Universidad era verosímil. En su voto concurrente, el juez Rosatti también sostuvo que la sentencia de la cámara debía descalificarse, pero por otro motivo: no haber dado una respuesta adecuada a los planteos del profesor Calarota basados en que, en realidad, las pruebas aportadas evidenciaban que la conducta de la Universidad encubría una finalidad persecutoria dirigida a obstaculizar la libertad sindical²². Más recientemente, la Corte Suprema dejó sin efecto un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy que había confirmado la prohibición de participar en reuniones multitudinarias, a un grupo de dirigentes sindicales y afiliados del gremio municipal de San Pedro de Jujuy. En virtud de episodios ocurridos durante una movilización efectuada el 12 de

²¹ CSJN, “Recurso de Hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” del 18/06/13.

²² CSJN, 15/02/2018, “Recurso de hecho Universidad Nacional de Rosario c/ Calarota, Luis Raúl s/ exclusión de tutela sindical”.

febrero de 2014, se inició la causa penal contra dirigentes gremiales en la que se les acusó de la comisión de los delitos de amenazas agravadas, daños agravados y turbación al ejercicio de la función pública, por la que habían quedado detenidos. El Juzgado de Control de San Pedro decidió el cese de la detención de los imputados, pero dispuso como condición para permanecer en libertad que no debían participar de reuniones multitudinarias en el ámbito de la ciudad de San Pedro de Jujuy. Invocando su condición de delegados, afiliados y miembros de la comisión directiva del Sindicato de Empleados y Obreros Municipales de Jujuy, los trabajadores cuestionaron dicha restricción por constituir una medida encubierta dirigida a apartarlos de las actividades que diariamente realizaban como integrantes del sindicato vulnerando los derechos inherentes al ejercicio de la libertad sindical reconocidos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Alegaron que la medida era injustificada, por no ser necesaria para garantizar el normal desenvolvimiento del proceso penal, y por tanto ilegal e irrazonable. La Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de los imputados. Y lo mismo hizo la corte provincial afirmando que la restricción impuesta era razonable. El Alto Tribunal descalificó la decisión del Superior Tribunal de Jujuy por apoyarse en una afirmación meramente dogmática y no dar una respuesta adecuada al planteo de los dirigentes sindicales y afiliados basado en que esa prohibición, de participar en reuniones con los trabajadores, no se compadecía con las disposiciones constitucionales que garantizan la libertad sindical y el normal desarrollo de la gestión gremial. La Corte señaló que el caso involucraba una restricción desproporcionada de derechos de raigambre constitucional —con aristas individuales y colectivas— sin fundamento alguno y excediendo el propósito de resguardar el proceso criminal. Destacó que la justicia jujeña había omitido todo análisis del art. 14 bis de la Constitución Nacional que consagra el derecho de toda persona a crear o participar en una “organización sindical libre y democrática” y establece que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical” (art. 14 bis, primer y segundo párrafo). Puntualizó que de acuerdo a estas disposiciones el modelo sindical argentino es libre, democrático y desburocratizado, lo que impone asegurar el carácter representativo, participativo, pluralista y tolerante del régimen sindical. El Tribunal destacó que son requisitos sine qua non de la libertad sindical el derecho de reunión, de opinión y de expresión, y enfatizó que estas libertades son “esenciales del estado constitucional vigente en la República” conforme su propia jurisprudencia. También recordó que en el mismo sentido se ha expresado la Organización Internacional del Trabajo al señalar que la libertad de reunión constituye uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales; que las autoridades deberían abstenerse de toda intervención que pueda limitar este derecho u obstaculizar su ejercicio legal, salvo que tal ejercicio ponga en peligro grave e inminente el mantenimiento del mismo; y que, en consecuencia, los

sindicatos deben poder celebrar libremente reuniones para examinar cuestiones sindicales sin injerencia de las autoridades²³.

Otra cuestión interesante para analizar tiene que ver con la posibilidad de sindicalización de las fuerzas de seguridad. En la causa “*Sindicato Policial de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales*”²⁴ con la firma de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, la Corte sostuvo que el personal de las fuerzas de la policía no tiene un derecho colectivo a sindicalizarse. Después de examinar el debate constituyente de la Convención de 1957, los convenios de la OIT ratificados por la Argentina y el tratamiento constitucional y legislativo posterior que nuestro país dio al problema de la sindicalización de la policía, el Tribunal concluyó que el artículo 14 bis de la Constitución no concede dicho derecho al personal policial. La Corte también examinó los tratados internacionales de jerarquía constitucional y sostuvo que, si bien dichos tratados reconocen en principio ese derecho a las fuerzas policiales, también permiten que la legislación interna de cada país restrinja o incluso prohíba el ejercicio de derechos sindicales. En el caso, la Corte señaló que la Provincia de Buenos Aires prohibió de modo expreso mediante una ley y su decreto reglamentario la sindicalización de la policía y que dicha prohibición es, a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, constitucionalmente válida. En disidencia, el Ministro Maqueda señaló que la posibilidad de que los policías formaran sindicatos fue contemplada por los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que fueron celebrados a partir de mediados de la década del sesenta e incorporados al texto de la Constitución Nacional por la reforma de 1994. Los artículos 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 16.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) le dieron a la libertad sindical un alcance amplio, pero dejaron bien en claro que en el caso de las fuerzas armadas y policiales el derecho a formar sindicatos podía ser restringido o lisa y llanamente prohibido por una ley especial. También afirmó que, dado que nuestro país tiene un régimen federal de gobierno, es la legislatura de cada provincia la que está habilitada para establecer tal tipo de prohibiciones. Y, como la ley 13.982 de la Provincia de Buenos Aires que regula los derechos y deberes del personal de los órganos policiales no contiene disposición alguna que en forma clara y expresa restrinja la posibilidad de organizarse gremialmente, el derecho de los policías bonaerenses a formar un sindicato resulta indiscutible. Fi-

²³ CSJN, “Farfán, Julio Antonio y otros s/ amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública, San Pedro de Jujuy”, del 16/04/19.

²⁴ CSJN, del 11/04/2017.

nalmente, consideró que, ante la conmoción provocada en varias provincias por acontecimientos de público conocimiento, era conveniente aclarar que si bien los policías bonaerenses pueden formar un sindicato para que represente sus intereses, ello no implica que puedan ejercer el derecho de huelga pues las medidas de acción gremial directa son absolutamente incompatibles con el régimen jerárquico y disciplinario que caracteriza a toda fuerza de seguridad. A su vez, en su voto disidente, el juez Horacio Rosatti consideró que el derecho a sindicalizarse del personal policial bonaerense surge de modo directo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, sin otro requisito—tal como lo establece dicha cláusula—que su inscripción en un registro especial.

Aclaró el magistrado que la posibilidad constitucional de sindicarse no contempla, en este caso, el ejercicio del derecho de huelga, pues resulta necesario articular los intereses del sector con los de la sociedad, tal como ocurre con otras actividades que son igualmente importantes para garantizar la seguridad y la calidad de vida de la población.

Igual temperamento adoptó el Alto Tribunal en la causa “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo”²⁵. La Corte declaró constitucional la ley cordobesa que prohibió la sindicalización del personal del servicio penitenciario provincial. Se trató de un caso en el cual el Tribunal Superior de Justicia de la provincia confirmó el rechazo de una acción de amparo promovida por una persona retirada del Servicio Penitenciario cordobés y la representante de una asociación civil cuya era lograr que se autorizara al personal del mencionado servicio a formar un sindicato. El Tribunal Superior consideró que, si bien en su art. 14 bis “la Constitución Nacional receptó el principio de protección de la libertad sindical”, al igual que varios tratados internacionales, lo cierto es que el Convenio 87 de la OIT dejó librado “a la autonomía legislativa de los estados miembros establecer el alcance del derecho de sindicación de las fuerzas armadas y de la policía y las exclusiones al ejercicio de ese derecho deben ser interpretadas en sentido restrictivo”. Por lo tanto “la regla de la prohibición de sindicación no quebranta la letra ni la intención de la normas convencionales e internacionales”. La Corte confirmó lo resuelto por mayoría. Señaló que la cuestión planteada era análoga a la decidida en 2017 en la causa “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”, en donde—también por mayoría—estableció que “en nuestro sistema jurídico el derecho a sindicalizarse reconocido a los miembros de la policía y de los demás cuerpos de seguridad interna por los tratados internacionales sobre derechos humanos está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de una ley formal” la cual corresponde que sea dictada por el legislador provincial, porque

“lo atinente a las vinculaciones entre las autoridades provinciales y los miembros de sus fuerzas de seguridad pertenece a la esfera del empleo público local y, por lo tanto, integra el derecho público de cada provincia”. La Corte destacó que si bien en este caso la discusión no se centraba en la existencia o no del derecho a la sindicación de agentes policiales, como en el fallado en 2017, sino de los integrantes del servicio penitenciario provincial (activos y pasivos), lo cierto era que en ambos supuestos se trataba de miembros de fuerzas de seguridad estatales cuya organización, sus actividades laborales y sus estatutos legales mostraban una evidente similitud, por lo que debía darse un tratamiento homogéneo a la situación de unos y otros. Como prueba de esa semejanza destacó que la ley provincial que regula la actividad del personal penitenciario, al igual que las normas aplicables a los agentes policiales, autoriza la portación de armamento para prevención, defensa y disuasión y regula el “estado penitenciario” que consiste en un conjunto de derechos y obligaciones especiales, entre ellos: a) el agrupamiento en escalas jerárquicas, b) la organización en cuerpos y escalafones bajo una superioridad, c) el sometimiento a un régimen disciplinario, d) el ejercicio de potestades de mando y disciplinarias, y e) el uso de uniforme. Por su parte, el Juez Rosatti, sostuvo que la sentencia del Superior Tribunal de Córdoba debía ser revocada. Destacó que la cuestión federal en juego refería a la cláusula de la Constitución Nacional que consagra el derecho de toda persona a crear o participar en una “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial” (art. 14 bis, primer párrafo), párrafo que “consagró un modelo sindical libre, democrático y desburocratizado”. En el marco de ese artículo—precisó—es posible distinguir a) ‘el derecho de los trabajadores a asociarse en instituciones sindicales’ cuyo ejercicio solo puede ser reglamentado al efecto de cumplir con los requisitos básicos que habilitan la inscripción de la asociación en un registro especial; y b) ‘los derechos y garantías reconocidos a tales asociaciones para la consecución de sus fines’, cuyo ejercicio admite limitaciones y/o restricciones varias a efectos de preservar el orden y promover el bienestar general. Citó lo expresado en 2017 en el voto emitido en “Sindicato Policial” con respecto a que el derecho de sindicalización del personal de las fuerzas de seguridad no confronta con valores constitucionales tales como la paz interior, la seguridad de las personas o el orden público. Y agregó que “el derecho del personal del servicio penitenciario provincial a constituir una asociación sindical resulta de aplicación directa del art. 14 bis, primer párrafo, in fine, de la Constitución Nacional, sin que sea necesaria intermediación normativa alguna sino la mera inscripción en un registro especial. Luego, toda norma infraconstitucional que prohíba el ejercicio de tal derecho deviene manifiestamente inconstitucional”.

²⁵ CSJN, 13/08/20.

En igual sentido se pronunció también en la causa "*Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social c/ Asociación Profesional Policial y Penitenciaria de Entre Ríos s/ ley de asoc. Sindicales*"²⁶.

Desde otro punto de vista, otro tema que merece reflexión tiene que ver con el derecho de huelga y la continuidad de prestación de servicios públicos esenciales. A nivel nacional, el art. 24 de la ley 25.877 establece que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Se indica además que una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; b) cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 272/2006 (B.O. 13/3/2006).

En el ámbito de la Provincia de Córdoba legisla sobre este punto la Ley 10.461, reglamentada por decreto 560/18. A nivel de la Municipalidad de la ciudad de Córdoba, sólo en relación al transporte urbano de pasajeros, la Ordenanza 12.076.

VI. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LOS AGENTES PÚBLICOS

La potestad sancionatoria puede ser ejercida por la Administración de formas muy diversas, lo cual dependerá del grado de vinculación que exista con los particulares. En líneas generales se pueden establecer tres clases de relaciones que mantiene la Administración con los ciudadanos, con base en la mayor o menor vinculación en la regulación y control de sus actividades.

Así, se ha distinguido²⁷ entre: 1) *Relaciones contractuales*, en las que tanto las obligaciones de los particulares relativas a la ejecución del contrato como a la posibilidad de la Administración de imponer sanciones, se encuentran reguladas y esta-

blecidas en los respectivos contratos y en la legislación que resulta aplicable en cada caso (por ejemplo, contratos de suministro, obra pública, servicio público, etc.). Las sanciones que pudiera aplicar la Administración en el marco de una relación contractual se denominan *sanciones contractuales*. Sin embargo, en forma específica en el ámbito del contrato o relación de empleo público las sanciones que aplica la Administración a sus agentes se denominan *sanciones disciplinarias* y poseen un régimen jurídico diferenciado. 2) *Relaciones de regulación sectorial*, que se manifiestan en aquellas actividades que representan un interés público y que se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico administrativo. Aquí no existe una vinculación contractual o convencional con la Administración; a lo sumo el particular solicita una autorización o habilitación a la autoridad competente para desarrollar una determinada actividad (por ejemplo, prestadores postales, televisión por cable, taxis, remises, farmacias, etc.). Las sanciones aplicables en este ámbito se las denomina *sanciones de regulación sectorial*. 3) *Relaciones generales o abstractas*, donde no hay una regulación jurídico-administrativa en los términos y alcances antes expuestos, surgiendo el poder sancionatorio de la Administración como consecuencia de una violación a las disposiciones que tutelan el orden público general y abstracto. A estas últimas se las conoce también como *sanciones de policía general*.

De este modo, la potestad sancionatoria de la Administración se proyecta hacia los ciudadanos de modos muy diversos, de acuerdo con el grado de vinculación, el interés público comprometido en cada caso y los medios coercitivos que se utilicen para tales fines²⁸. Se desenvuelve dentro del ámbito de los más disímiles hechos, actos y actividades complejas de los particulares y de la misma administración. Está dirigida a reprimir aquellas conductas transgresoras de la normativa propia de la Administración y está sujeta, por lo demás, a las limitaciones constitucionales y legales que se establecen en la Carta Fundamental y en las disposiciones que la regulan²⁹.

Se ha sostenido que las sanciones contractuales y de regulación sectorial constituyen sanciones administrativas en sentido estricto, mientras que las de policía general son típicas sanciones *penales administrativas*, siendo el eje de la distinción la existencia en las primeras de una relación más estrecha de los particulares con la Administración y los distintos fines que se persiguen con su previsión y aplicación³⁰.

En cabeza de los empleados públicos confluyen distintos tipos de responsabilidades inherentes a diversas ramas del derecho. Así en primer término podemos se-

²⁶ CSJN, 03/12/20.

²⁷ Conf. ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "Sobre el derecho administrativo sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)", en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 43, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, ps. 123 y ss.

²⁸ Para profundizar sobre la naturaleza jurídica del Derecho Administrativo Sancionador, ver NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2011.

²⁹ Conf. OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*, Legis, Bogotá, 2009, p. 125.

³⁰ Conf. ROCHA PEREYRA, Gerónimo, *ob. cit.*, p. 132.

ñalar que el agente público tiene *responsabilidad civil* cuando en ocasión del ejercicio de sus funciones, con su obrar ya sea por acción u omisión lesiona derechos de terceros. Por ejemplo, el chofer de una repartición oficial que atropella a un peatón. La víctima seguramente demandará civilmente a la Administración, pero lo puede hacer también a título personal al empleado. Repárese que el art. 1766 del Código Civil y Comercial establece que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”. Entendemos que el artículo se está refiriendo a la responsabilidad “civil” de los funcionarios y empleados, por lo que no parece afortunado encuadrar ello en el Derecho Administrativo. Sólo la responsabilidad administrativa —como se verá— encaja en dicho ordenamiento. No parece adecuado del todo a la Constitución Nacional, que las provincias legislen sobre esta responsabilidad “civil” de funcionarios y empleados. Ello es resorte exclusivo del Congreso de la Nación. Por otra parte, los agentes públicos tienen *responsabilidad penal*, cuando en su desempeño desarrollan una conducta —también activa o pasiva— que encuadra en alguna figura penal. Por ejemplo, el funcionario que comete defraudación en perjuicio de la Administración Pública. Luego, tenemos la *responsabilidad administrativa*, que es la derivada de la relación de sujeción especial en que se encuentra el agente público respecto al Estado por desempeñar un empleo de esa naturaleza. Puede ser de carácter *patrimonial o disciplinaria*. La primera tiene que ver con la conducta del funcionario que provoca un perjuicio patrimonial al Estado y que debe ser reparado por aquél. La segunda se vincula con la necesidad que dentro de los cuadros de la Administración haya disciplina, es decir que cada uno haga —de la mejor forma— lo que tiene que hacer. El concepto de disciplina en este ámbito, no se identifica con el de “buen comportamiento”, sino que es más abarcador. La falta disciplinaria comprende toda conducta que por acción u omisión conspira contra la buena marcha de la Administración. La responsabilidad disciplinaria aparece cuando el funcionario comete una falta de servicio que le es imputable, transgrediendo reglas propias de la función pública. Su presupuesto es la violación de la norma o del deber y su consecuencia la aplicación del régimen disciplinario pertinente. Por último, está la *responsabilidad política*, que es propia de solo algunos funcionarios, que pueden ser sometidos a juicio político o jurado de enjuiciamiento, como el Presidente, los Ministros, los miembros de la Corte Suprema y los jueces de las magistraturas inferiores.

Sobre esta base y teniendo en cuenta que la Administración Pública, en su acepción objetiva y material, es la organización a través de la cual el Estado procura, de modo directo, práctico, concreto y permanente, satisfacer su fin específico, esto es el bien común, se concluye que el poder disciplinario hace a la esencia misma de la Administración. Podemos definir al poder disciplinario como aquella virtualidad jurídica o aptitud de derecho que tiene la Administración Pública para imponer, por

medio de sanciones determinadas, una regla de conducta a todos aquellos cuya actividad compromete a la misma organización administrativa. Abarca la conducta de los empleados públicos, y como tal se proyecta también a regímenes especiales, tales como a las fuerzas de seguridad, al personal que presta servicios en hospitales públicos y docentes de escuelas públicas. La responsabilidad administrativa es declarada y aplicada por la autoridad administrativa, sin perjuicio del control judicial posterior; el procedimiento que se utiliza es de carácter administrativo, al igual que la sanción que se aplica y no excluye la coexistencia de un proceso penal cuando a su vez el mismo hecho puede constituir un delito.

El fundamento del poder disciplinario de la Administración Pública no es otro que el de procurar el orden de la organización para poder cumplir su finalidad para la cual existe. Para VILLEGAS BASABILVASO y MARIENHOFF, la potestad disciplinaria tiene naturaleza penal, por su contenido represivo, y su régimen jurídico constituiría el llamado “derecho penal disciplinario”. Para BIELSA, DIEZ y FIORINI, el derecho disciplinario no es de naturaleza civil ni penal, sino administrativa, porque tal es la del deber cuyo incumplimiento determina su ejercicio; dicho deber no es otro que el de colaborar para la eficiencia, orden y decoro de la organización de la Administración Pública; su naturaleza es, pues, inquestionablemente administrativa, y por ende la sanción imputada a su incumplimiento no es de naturaleza penal, sino administrativa.

El poder disciplinario de la Administración Pública tiene los siguientes caracteres³¹: es *irrenunciable*, pues se trata de una competencia o aptitud del órgano-función y no de un derecho en cabeza de la persona que inviste dicha función. Ahora bien, su calidad de irrenunciable no implica el carácter de obligatoriedad respecto de su ejercicio, pues es de exclusiva competencia de la Administración valorar las circunstancias de hecho y resolver la oportunidad, conveniencia o mérito de su ejercicio. Es *intransferible o indelegable*, pues se trata de una potestad necesaria de la Administración Pública que le pertenece y que puede ejercer por sí y ante sí, sin perjuicio del posterior control jurisdiccional que sólo podrá verificar si dicho ejercicio no adolece de vicios que enerven su validez o razonabilidad.

VII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

La potestad sancionatoria de la Administración es la atribución que le compete a ésta para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos contrarios a los mandatos de la Administración, y sanciones disciplinarias a los funciona-

³¹ Conf. MONTESI, Graciela, “Procedimiento Disciplinario en la Relación de Empleo Público”, en AA. VV. - VÉLEZ FUNES, Ignacio (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, p. 75.

rios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo. La potestad sancionatoria se subdivide en correctiva y disciplinaria, según ella se dirija al administrado o al funcionario o empleado respectivamente. De este modo, dicha potestad en su aspecto correctivo es de carácter externo, en tanto que en su aspecto disciplinario es de carácter interno³².

Se entiende por procedimiento administrativo disciplinario, aquel en virtud del cual la administración —en el marco de una relación de empleo público— pretende constatar la comisión por parte de un agente o funcionario público de una falta administrativa de carácter disciplinario y en su caso, aplicar la correspondiente sanción.

VIII. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

Sin perjuicio de los principios generales aplicables al procedimiento administrativo, el procedimiento disciplinario se encuentra informado por determinadas reglas, la mayoría de las cuales comparte su génesis con el proceso penal, aunque con las particularidades de la disciplina administrativa³³. Por otra parte, el proceso penal ha sido concebido como una de las zonas críticas de los derechos humanos³⁴ siendo por ello que la atención inicial puesta en las herramientas de protección de la persona frente al poder público se ha alojado en esa disciplina jurídica y de allí ha impactado en el derecho administrativo sancionador. Al respecto, la CIDH ha sostenido "[...] es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su compor-

³² Conf. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 608.

³³ Conf. IVÁÑEGA, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Ediciones RAPS.A., Buenos Aires, 2010, p. 91.

³⁴ Conf. Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 155.

tamiento, conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.... Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. ... La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excludida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso³⁵.

³⁵ Caso: "Baena, Ricardo y otros (270 Trabajadores vs. Panamá)", sentencia del 2/7/11

De lo expuesto se deriva claramente que tanto el proceso penal como el procedimiento administrativo disciplinario hunden sus raíces en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁶, lo que constituye una directriz de fuente con jerarquía constitucional que impregna todo el ordenamiento jurídico, y como sostuvimos en capítulos anteriores, constituye lo que ha dado en llamarse la “*tutela administrativa efectiva*” a la que tiene derecho todo ciudadano que transita los carriles de la Administración, máxime cuando es sometido a un procedimiento sancionador.

Uno de los principios cardinales que rige al derecho administrativo disciplinario es el de *defensa en juicio* consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, concordante con el citado art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone la necesidad de que el imputado sea oído, de ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundada, a recurrir la misma en sede administrativa y al ulterior control judicial suficiente. De esta garantía se derivan a su vez los principios de *legalidad e irretroactividad*, que deben presidir la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias y particularmente cuando estamos en presencia del poder estatal punitivo. De acuerdo con un criterio que responda a la previsibilidad de la conducta inculpada, se exige una clara definición de los comportamientos que pueden acarrear una sanción disciplinaria. Sin embargo, en esta materia, se advierte una gran ambigüedad en la formulación de los tipos infraccionales disciplinarios, toda vez que la mayoría de las veces, se trata de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados que se completan en el caso concreto, tales como “*conducta irreprochable*”³⁷, “*prestar el servicio personal-*

³⁶ Artículo 8°. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

³⁷ Art. 8° del Reglamento para la Justicia Nacional.

mente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y rendimiento laboral”³⁸ o el deber de “*conducirse en forma honorable pública y privadamente, y de observar una conducta pública y privada ajustada a la más estricta honorabilidad en su actuación social y económica*”³⁹. Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “[...] *apesar de que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descritas, en el sentido en que lo son los delitos del derecho criminal, tampoco resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzadamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del juicio formulado a posteriori por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste. Esto último supondría tanto legitimar la existencia de un poder legal en blanco como retornar, inexcusablemente, al concepto de los delitos innominados del derecho antiguo* (cfr. MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, Edersa, Madrid, 1979; idem, NIETO, Alejandro, “*Problemas Capitales del Derecho Disciplinario*”, *Revista de la Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos*, N° 63, 1970, p. 39) [...]”⁴⁰.

Con acierto se ha expresado que detallar todos los comportamientos susceptibles de sanción que alteren el correcto funcionamiento de los órganos administrativos o jurisdiccionales, razón por la cual la norma legal puede establecer sólo genéricamente la conducta reprochable que podrá ser explicitada por vía reglamentaria o bien durante la aplicación directa del concepto jurídico indeterminado a la realidad de los hechos⁴¹. Las normas que establecen conductas que pueden dar origen a sanciones disciplinarias que preferentemente deben emanar del Poder Legislativo y no pueden ser aplicadas retroactivamente salvo que se trate de disposiciones más benignas. En el principio de irretroactividad de la ley están en juego los principios de seguridad jurídica y de buena fe atinentes a los agentes públicos, que deben ser respetados de cara al ejercicio de la potestad disciplinaria.

Otro principio que debe presidir el procedimiento disciplinario es el de *inocencia*, establecido expresamente en el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. En materia sancionatoria, las personas acusadas por la comisión de infracciones son inocentes, mientras no se pruebe su culpabilidad y en consecuencia su responsabilidad. No obstante, en materia de empleo público, es notorio que en todas las reparticiones ningún agente con sumario administrativo pendiente es promovido para un ascenso o bien, la existencia de un procedimiento disciplinario

³⁸ Art. 23 inc. a) de la ley 25.164 (Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional).

³⁹ Arts. 11, inc. c, y 21, inc. q, de la ley 20.957 (Ley orgánica del servicio exterior de la Nación).

⁴⁰ “*Spinosa Melo*”, Fallos: 329:3617 (2006).

⁴¹ SESIN, Domingo J., *El derecho administrativo en reflexión*, Ediciones Rap S.A. Buenos Aires, 2011, p. 268.

aún sin que haya recaído sanción, es un impedimento en la práctica para acceder por concurso a la magistratura. En general, el sólo hecho de “encontrarse sumariado” es tomado como una sanción en sí misma, lo que conspira con el principio antes enunciado. El principio de inocencia supone que sea la Administración la que tenga la carga de la prueba de la comisión de una falta disciplinaria.

La *reformatio in pejus* implica el agravamiento de la situación de un particular en oportunidad de resolverse una impugnación por él interpuesta⁴². Dentro del procedimiento administrativo la *reformatio in pejus* se verifica cuando el interesado, ante la impugnación de un acto administrativo, ve empeorada su condición jurídica como consecuencia de lo decidido por el órgano llamado a resolver un recurso administrativo⁴³. No se trata de desconocer el principio por el cual la Administración puede revocar sus propios actos, dentro de los límites previstos en los arts. 17 y 18 de la LNPA, cuando revisa sus propias decisiones de oficio. Sin embargo, cuando se trata de la resolución de un recurso administrativo, tiene potestades al solo efecto de resolver en el ámbito de ese recurso, pudiendo el mismo ser revocado, aún en una medida diversa a la pretendida por el recurrente, pero no en un sentido contrario a su petición⁴⁴. La impugnación del acto efectuada por el administrado se constituye en una barrera a la potestad revisora de la autoridad sobre la cual recae la competencia para resolver el recurso interpuesto⁴⁵. De no aceptarse esta postura, se estaría violando el derecho de defensa, no sólo porque se agrava la situación del recurrente sin posibilidad de contradicción previa, sino que además ante el riesgo del agravamiento de la sanción, muchos administrados se verían compelidos a aceptar la decisión que consideran injusta y consentirla ante el riesgo o amenaza posible de ver empeorada su situación⁴⁶.

No es posible aplicar dos sanciones por el mismo hecho. Rige el principio de “*non bis in idem*”. Se traduce en la obligación para la Administración de inhibirse de volver a ventilar un contradictorio infraccional que ya estuviese resuelto⁴⁷. Sin embar-

⁴² Conf. IVANEGA, Miriam, ob. cit. p. 108.

⁴³ Conf. BUTELER, Alfonso, “Acercas de la *non reformatio in pejus* en sede administrativa”, diario La Ley del 2 de setiembre de 2005.

⁴⁴ Ver LORENZO, Susana, *Sanciones Administrativas*, Julio César Faira Editor, Montevideo, 1996, p. 106.

⁴⁵ Ver BUTELER, Alfonso, ob. cit., p. 1.

⁴⁶ Como el caso relatado por IVANEGA, Miriam (ob. cit. p. 103) en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de avocación, modificó una sanción de treinta días de suspensión impuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a una empleada, y la convirtió en cesantía. Ver asimismo comentario al fallo “Álvarez, Mónica Susana —inc. med c/ EN— CSJN (Expte. 3807/03) s/ empleo público”, Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala I, del 07/04/09, por Magdalena I. García Rossi en “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública” - Rap, n° 377, p. 109.

⁴⁷ Conf. LORENZO, Susana, ob. cit. p. 110.

go, ello no implica que no pueda recaer por el mismo hecho una sanción disciplinaria y una condena en sede penal, ya que se trata de dos ámbitos distintos de responsabilidades. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las responsabilidades penal y administrativa son de naturaleza diferente, por lo que no configura violación al art. 18 de la Constitución Nacional el procedimiento administrativo y el juzgamiento en sede penal por el mismo hecho⁴⁸.

Habrà de tenerse en cuenta también el principio de *proporcionalidad* entendido como la adecuada relación entre la magnitud entre la sanción impuesta y el comportamiento del infractor, que constituye la causa del acto administrativo sancionatorio. Este principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas⁴⁹. Se trata entonces de evitar que se incurra en un “exceso de punición”, que se traduce en una falta de proporción entre la infracción y la sanción. Si bien la apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen en principio al ámbito de facultades discrecionales de la Administración, ello no exime a los jueces de poder anular la decisión si la facultad discrecional ha sido efectuada violando los límites jurídicos de su ejercicio, incurriendo en arbitrariedad, irrazonabilidad o desvío de poder. Nuestro Más Alto Tribunal tiene dicho que “la intensidad con que se castigan las infracciones del ordenamiento estatutario que rige los deberes y derechos del funcionario debe ser proporcional a la gravedad de la perturbación que la falta ocasiona en el funcionamiento del servicio”⁵⁰.

En materia disciplinaria queda proscripta además toda forma de responsabilidad objetiva ya que las faltas deben ser sancionadas a título de dolo o culpa. Por otra parte, cabe recordar que el principio constitucional de “defensa en juicio”, “incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (Fallos 272:188; 300:1113). Así, es preciso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha destacado en el precedente “Losicer”⁵¹, que el “*plazo razonable*” de duración del proceso (tanto un proceso judicial como un procedimiento administrativo disciplinario) al que se alude en el inciso 1, del art. 8 [de la C.A.D.H.], constituye... una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la

⁴⁸ CSJN, Fallos: 273:66.

⁴⁹ Conf. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 351.

⁵⁰ Fallos: 329:3617.

⁵¹ CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA”, del 26/06/12.

decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana —cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)— como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar— han Expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento (casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y “López Álvarez v. Honduras”, fallado el 1° de febrero de 2006; “König”, fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales). Tengo en cuenta que la misma naturaleza de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable impide determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años y depende de cada caso en particular.

IX. EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

El *sumario administrativo*⁵² es un procedimiento administrativo que tiene por objeto comprobar la existencia de una falta administrativa cometida por un agente o funcionario público, esclarecer la verdad de los hechos acontecidos, individualizando a los responsables y proponer una sanción disciplinaria en caso de corresponder⁵³. A diferencia del sumario, la *información sumaria* procede cuando existe alguna circunstancia que puede importar una responsabilidad patrimonial o disciplinaria, que exija una investigación preliminar para comprobar su existencia y dar en su caso origen al sumario. También procede cuando el sumario no se puede iniciar con la urgencia que el caso requiere e incluso para recibir una denuncia. En otras palabras, la investigación sumaria, en caso de existir, sirve para meritar acerca de las circunstancias que hacen procedentes la apertura de un sumario, el que debe ser ordenado por acto administrativo expreso. Una vez iniciado el *sumario*, ya sea de oficio o por denuncia, se debe designar un instructor sumariante, que llevará a cabo la investigación

⁵² Nos referiremos al trámite básico de un sumario administrativo, más allá de las particularidades de cada normativa (v.g. Decreto 467/99; ley 7233 y su reglamentación).

⁵³ Conf. MONTES, Graciela, ob. cit., ps. 89 y ss.

con imparcialidad e independencia. A su vez, éste debe nombrar a un secretario de actuaciones quien hace las veces de fedatario y colabora con el instructor. El instructor que hubiese sido designado puede ser recusado por las causales que contemplan leyes de procedimiento administrativo.

En esta etapa inicial, el instructor comienza a coleccionar la prueba de cargo, para lo cual habrá de recabar testimonios, informes, agregación de documentos, informes periciales y cualquier otro medio de prueba que le permita esclarecer la verdad de lo acontecido, siendo secreto este tramo de la instrucción. Luego, puede disponer la declaración sumarial del imputado, acto procesal de suma trascendencia pues debe imponerlo de los hechos en forma circunstanciada, no bastando una remisión genérica; debe hacerle saber que se puede abstener de declarar sin que ello importe presunción alguna en su contra y que puede ser asistido por un abogado defensor, en cuyo caso, se suspenderá la audiencia para que comparezca con su letrado. Durante la sustanciación del sumario puede disponerse la suspensión preventiva del agente, fundada en la presencia de un hecho grave, de modo tal que no se permita su continuación en las funciones hasta su esclarecimiento, o bien cuando existan razones fundadas para sospechar que su presencia en la repartición pueda entorpecer la investigación, ya sea por ocultamiento de pruebas o coacción a testigos. Sin embargo, en la medida de lo posible antes que la suspensión preventiva, para evitar un mayor perjuicio a quien está siendo investigado, se puede disponer un cambio de tareas o de lugar de trabajo del sumariado, si con ello se logra el mismo resultado en aras de preservar el éxito de la investigación.

Una vez coleccionadas las pruebas de cargo, presentará un primer informe donde evaluando las mismas y la defensa material ejercida por el sumariado en el acto de su declaración, podrá formular o no cargos. En caso de hacerlo deberá notificar fehacientemente de ello al interesado, para que formule descargo y ofrezca las pruebas que estime pertinentes, dejando ya de ser secretas las actuaciones. O puede suceder que no encuentre el instructor mérito para continuar con la investigación, ya sea porque el hecho no existió, o no genera responsabilidad administrativa o no se pudo individualizar al responsable.

En caso que el instructor haya formulado cargos, se abrirá a prueba el sumario, pudiendo diligenciarse la ofrecida por el imputado y que se considere pertinente e incluso se pueden practicar otras medidas de oficio. Realizado esto, se clausurará la investigación y el instructor, previa posibilidad por parte del encartado de alegar sobre el mérito de las probanzas producidas elevará a la superioridad un informe donde hará constar la comprobación o no de los hechos, la responsabilidad que le cabe al o a los sujetos involucrados, y en su caso propondrá la sanción correspondiente. También, en este informe final puede el instructor establecer la ausencia de responsabilidad administrativa de los interesados. La autoridad administrativa, luego de recibido el informe del instructor y previo dictamen jurídico obligatorio, tendrá a su cargo

el dictado del acto administrativo respectivo. En caso de aplicarse alguna sanción, el interesado podrá impugnarla en sede administrativa y eventualmente en sede judicial mediante los mecanismos propios de impugnaciones de actos administrativos.

Puede ocurrir que el hecho investigado pudiera configurar un ilícito penal, en cuyo caso el instructor deberá formular la correspondiente denuncia en dicha sede. No obstante existir posiciones encontradas, entendemos que la configuración de una posible responsabilidad penal no trae aparejada la suspensión del sumario administrativo por prejudicialidad, ya que se trata de responsabilidades de distinta naturaleza. No obstante, si en sede administrativa hubiera recaído una sanción y en sede penal se hubiera absuelto al imputado por la causal consistente en que no fue partícipe del hecho, queda el remedio del recurso de revisión en sede administrativa (art. 22, LNPA), justamente a fin de evitar decisiones encontradas generadoras de un escándalo jurídico. Para quienes postulan la prejudicialidad penal, su fundamento radica en que la verdad real siempre debe ser una sola, razón por la cual lo resuelto administrativamente como pasible de sanción disciplinaria debe ser coherente con lo resuelto en sede criminal, en resguardo de elementales principios de lógica jurídica. Por ello, es dirimente considerar que a los efectos disciplinarios el valor del sobreseimiento dispuesto en sede penal dependerá de los términos en que el mismo se justifique, lo que deberá ser detenidamente analizado, ya que en supuestos donde la sanción tuviera como substrato el mismo hecho, sólo cuando dicho sobreseimiento se fundase en la inexistencia física del hecho objeto de la investigación o, existiendo el mismo que no hubiese sido cometido por el actor, podrá válidamente ser invocado como causal extintiva de dicha potestad sancionadora.

Las normas que regulan el trámite de los sumarios administrativos por lo general contienen un plazo de duración del mismo, que es considerado meramente ordenatorio, salvo que la misma disposición sancione con nulidad el incumplimiento de dicha pauta, en cuyo caso, se produciría la caducidad del procedimiento y la ilegitimidad de la resolución que impusiera una sanción. En caso que el sumario administrativo estuviere paralizado o demorado en su tramitación, se corre el riesgo que prescriba la potestad sancionatoria, ya que aún en los casos que no se permita hablar de caducidad del sumario no puede negarse el derecho de todo agente público a beneficiarse con la prescripción de la potestad represiva. Si la misma tiene cabida en materia delictual, con mayor razón en materia disciplinaria.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el ya referido fallo "Losicer"³⁴, dejó sin efecto una multa impuesta por el Banco Central de la República Argentina, al considerar que había existido una indebida dilación del procedimiento adminis-

trativo, incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso, el BCRA había tramitado con lentitud el proceso, impulsándolo solo cuando estaba por transcurrir el plazo para evitar la prescripción. La sanción se había dictado 18 años después de ocurridas las supuestas infracciones y tras 15 años de la apertura del sumario. El fallo tiene su origen en un sumario llevado a cabo por el ente rector del sistema monetario y bancario—sobre la base de lo dispuesto por el art. 41 de la Ley de Entidades Financieras—que tuvo por objeto la investigación de diversas infracciones a la normativa financiera, y que culminó con la aplicación de sanciones pecuniarias administrativas. Si bien inicialmente este sistema sancionatorio carecía de una regulación del instituto de la prescripción, la ley 21.526 lo introdujo en el artículo 42 de la Ley de Entidades Financieras donde se estableció que aquella operaría, respecto de la acción sancionatoria, a los 6 años desde la comisión del hecho, y que tal plazo se interrumpiría por la comisión de otra infracción y por los actos y diligencias del procedimiento inherentes a la sustanciación del sumario.

De acuerdo a lo señalado por la Procuradora en su dictamen, pese a la dilatada tramitación del sumario administrativo—que se extendió hasta casi veinte años después de ocurridos los hechos supuestamente infraccionales detectados por el superintendente financiero—el plazo de prescripción no llegó a cumplirse debido a las interrupciones que se produjeron por diversas diligencias de procedimiento que tuvieron lugar, en cada caso, antes de que se completara el plazo legal de prescripción. Sin perjuicio de esto, ante la ausencia de patrones temporales indicativos de la razonabilidad la Corte ha reiterado que es resorte de los jueces analizar ciertas pautas, como (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado, (iii) la conducta de las autoridades públicas y (iv) el análisis global del procedimiento, para apreciar la existencia de una dilación irrazonable del trámite sumarial³⁵. Tras rechazar el acaecimiento de la prescripción en el sumario administrativo, la Cámara no descalificó la validez de la resolución administrativa, ya que la sentencia se basó en el examen de la prescripción.

El Tribunal señaló que los hechos reprochados se extendieron hasta el 24 de abril de 1987; que la apertura del sumario fue dispuesta por la resolución 763 del 10 de agosto de 1990 y notificada a los recurrentes el 17 de mayo y el 27 de agosto de 1991; que la apertura a prueba tuvo lugar el 15 de octubre de 1993 y fue notificada el 18 de noviembre de ese año; que el cierre de la etapa probatoria se dispuso el 10 de agosto de 1999 y fue notificada el 25 de agosto de ese año; y, finalmente, que la resolución sancionatoria 169/05 fue dictada el 29 de julio de 2005 y notificada en agosto de ese año. De esta reseña cronológica resulta claramente que el trámite sumarial ha tenido una duración irrazonable. Por lo tanto, concluyó el Alto Tribunal que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8°

³⁴ Fallos: 335:1126 (2012).

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, remarcando que cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de tales garantías, ya que las mismas no se encuentran limitadas al Poder Judicial en el ejercicio de su función, sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que se le hubieran asignado funciones materialmente jurisdiccionales, citando numerosos precedentes de la CIDH. El criterio expuesto por la Corte, fue reiterado en la causa “Bonder, Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.)”, del 19 de noviembre de 2013.

Finalmente, cabe advertir que la instrucción del sumario no siempre es indispensable para que la Administración pueda legítimamente ejercer su poder disciplinario. No es necesario el sumario en todos aquellos supuestos en que la falta sea evidente y esté suficientemente acreditada, y que, además, no haya duda sobre la identidad de la persona responsable de la misma. Sin embargo, aun en estos casos, como consecuencia del principio de juridicidad que debe guiar al obrar administrativo, es imprescindible el *descargo* del agente público, conforme el art. 18 de la Constitución Nacional.

X. LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS⁵⁵

Las sanciones administrativas disciplinarias se clasifican en dos grandes subespecies en relación a los efectos que las mismas producen. Son *sanciones correctivas* las que dejan subsistentes la especial vinculación del infractor con la organización administrativa, como por ejemplo el *apercibimiento*, la *suspensión*, y la *multa* y *sanciones depurativas* que se caracterizan por hacer cesar la especial vinculación que une al empleado con la organización administrativa.

En caso de verificarse la comisión de un hecho que constituya una falta disciplinaria la administración está obligada a ejercer la potestad disciplinaria. Entendemos que la misma es irrenunciable y no puede estar sujeta a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia. De otro modo se soslayaría el interés público comprometido en la adecuada marcha de la Administración y por otro lado, el principio constitucional de igualdad de trato (art. 16, CN). Esto no es óbice a que, en un determinado caso, la administración encuentre circunstancias debidamente explicitadas y comprobadas para atenuar la sanción o incluso dejarla en suspenso por razones atendibles y que no menoscaben la referida garantía constitucional.

Salvo que en los diversos estatutos se encuentre reglada la especie de sanción que corresponde ante determinadas conductas, es una potestad discrecional selec-

cionar que tipo de sanción se aplica y la fijación de su *quantum*, debiendo recordarse que tal atribución discrecional debe insertarse en el principio de juridicidad respetando de este modo la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, los principios generales del derecho, las partes regladas del acto y la fehaciente comprobación de los hechos determinantes.

El llamado de atención a nuestro juicio no constituye una sanción disciplinaria. Sin embargo, es común que se deje constancia en el legajo personal del agente “un llamado de atención”, generalmente sin respeto por el derecho de defensa, lo que constituye una sanción encubierta. El *apercibimiento* constituye una advertencia o amonestación al agente, generalmente tiene lugar cuando se trata de conductas que ya sea por acción u omisión infrinjan levemente las obligaciones a cargo del empleado. La *suspensión* consiste en privar al agente público de la obligación de prestar servicios y lógicamente la privación del sueldo proporcional al tiempo de la suspensión. El tiempo de la suspensión no se computa a los fines del escalafón, del beneficio de la licencia anual ordinaria ni de jubilación. La suspensión como sanción disciplinaria se distingue de la suspensión decretada con motivo de la instrucción de un sumario; esta última no constituye una sanción sino una medida precautoria, de naturaleza procedimental, y como tal no trae aparejada ninguna de las consecuencias emergentes de la suspensión sanción. Por lo general, los diversos estatutos fijan un límite máximo de suspensiones en los doce meses anteriores, puesto que de excederse dicho límite se produce en forma automática la cesantía del agente. En lo que respecta a la *multa*, tomada como una privación parcial del sueldo con la obligación de trabajar, no es muy común respecto de los agentes públicos, salvo en el ámbito de la justicia nacional en que los magistrados pueden ser sancionados mediante una multa que corresponde a un determinado porcentaje del sueldo de un juez de primera instancia. En cuanto al *arresto*, éste constituye una sanción ajena a los órganos y colaboradores civiles de la organización administrativa; sólo se da respecto de los agentes de las fuerzas militarizadas y de los alojados en unidades penitenciarias. Finalmente, cabe consignar que la llamada *retrogradación en el escalafón y la pérdida del derecho al ascenso*, no se encuentran actualmente admitidas como sanciones.

La *cesantía* consiste en una sanción expulsiva, ya sea por la comisión de una falta grave o bien por acumulación de faltas más bien leves, como por ejemplo determinada cantidad de inasistencias injustificadas o de suspensiones. La cesantía también puede producirse en caso de mediar condena por delito doloso que no se refiera a la Administración Pública, que por las circunstancias del caso afecte el decoro o el prestigio de la función o del agente; también procede por reiteradas calificaciones deficientes del empleado, o por haber sido inhabilitado penalmente para ejercer cargos públicos. El procedimiento impone el sumario previo salvo en casos de aplicación automática (por ejemplo; inasistencias injustificadas mayores a diez días continuos en el año, abandono de servicio, o embargos injustificados); supuestos en que, no

⁵⁵ Conf. MONTES, ob. cit., ps. 95-97.

obstante, siempre es necesario darle la posibilidad al agente de realizar un descargo en forma previa a la imposición de la sanción, a fin de garantizarle el derecho de defensa (art. 18, CN). La *exoneración* es también una sanción expulsiva que tiene lugar ante sentencia condenatoria firme por delito contra la Administración Pública nacional, provincial, o municipal, falta grave que perjudique materialmente a la Administración, pérdida de la ciudadanía, imposición como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública o ante la violación a las conductas prohibidas a los agentes públicos (v.g. art. 24 de ley 25.164). A diferencia de la cesantía, el agente exonerado debe ser dado de baja de todos los cargos públicos de que sea titular, y además no puede reingresar a la función pública salvo que fuere expresamente rehabilitado luego de transcurrido el plazo fijado por las distintas reglamentaciones. La exoneración no hace perder actualmente los derechos jubilatorios.

XI. LA CONCLUSIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Si bien los modos normales y anormales de conclusión comunes a todos los contratos administrativos, son aplicables al de empleo público, adquieren en éste particularidades propias. La extinción de la relación puede darse por *expiración del término de duración del contrato*, cuando se trata de personal "contratado" propiamente dicho, o bien, por *finalización de un interinato*, cuando se trata de un agente que provisoriamente reemplaza a otro en su cargo en esa calidad. La *renuncia* es la forma más común de extinción de la relación de empleo público, la que debe ser aceptada por la Administración. Si la misma acontece encontrándose en curso un sumario administrativo, y es aceptada por la Administración, puede pensarse que ésta —al aceptar la renuncia— está abandonando la potestad disciplinaria, ya que no se puede aplicar una sanción de este tipo a quien ya no integra los cuadros de la Administración. No obstante, numerosos estatutos en tal caso dejan a salvo que tal aceptación no excluye la posibilidad de declararlo incurso en responsabilidad disciplinaria como en otras responsabilidades del empleado o funcionario (civil, penal y administrativa patrimonial). Si pasado un determinado tiempo, la Administración no se pronuncia por la aceptación o no de la renuncia, los diversos ordenamientos prevén la baja automática. También se produce la extinción de la relación de empleo, obviamente por *muerte* del agente o por acceder al beneficio de la *jubilación o retiro*, ya sea la ordinaria o por invalidez. También la imposición de *sanciones expulsivas*, como se ha visto anteriormente, provocan la finalización del vínculo contractual. La existencia

de una *incompatibilidad* administrativa puede producir la conclusión de la relación, cuando un agente desempeña un cargo incompatible con otro, de acuerdo a las diversas reglamentaciones (vg. magistrado judicial y docente universitario con dedicación exclusiva), en cuyo caso deberá optar por uno de ellos. Además, la condena recaída en sede penal consistente en la *inhabilitación* para ejercer cargo público, ya sea como pena principal o accesoria conduce también a la finalización de la relación de empleo. Finalmente, la *supresión del cargo* por razones de reorganización administrativa o ante regímenes de *prescindibilidad* extinguen excepcionalmente la relación de empleo, pero en estos casos habrá que reconocerle al agente una indemnización.

Frecuentemente, la Administración utiliza las llamadas "*razones de servicio*" para trasladar a un agente o darlo de baja. Al respecto nuestro más Alto tribunal, ha señalado la necesidad de fundar tal tipo de decisiones, por tratarse del ejercicio de facultades discrecionales. Así, en la causa "*Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986*"⁵⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría integrada por los jueces Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, y con el voto concurrente de la jueza Elena Highton de Nolasco, confirmó la decisión de la Sala A de la Cámara Federal de Rosario que había declarado la invalidez de la disposición por la que se dispuso el cese de la actora como interventora del Registro Seccional de la Propiedad Automotor Rosario N° 6 de la Provincia de Santa Fe. La actora había sido designada en esa función en el año 2012 y, en el año 2015, la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios decidió el cese invocando "razones de servicio". En su voto, los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti destacaron que no se encontraba en discusión la transitoriedad ni la precariedad del cargo de interventor en un registro de propiedad automotor ni las facultades discrecionales de la autoridad de aplicación para designar, eventualmente, remover a un interventor. Sin embargo, pusieron especial énfasis en destacar que no obstante ello, no podía sostenerse válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de un órgano administrativo, para remover a una persona del cargo para el cual había sido designada, aun con carácter transitorio o precario, lo exima de cumplir con los recaudos que para todo acto administrativo exige el artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Agregaron que respecto de los actos discrecionales o de pura administración es posible ejercer un control judicial tanto en sus elementos reglados (competencia, forma, causa, finalidad y motivación), como en su razonabilidad. A partir de ello, entendieron que, en el caso en examen la disposición que había dispuesto el cese de

⁵⁶ C.S.J.N. 22/08/19.

la actora no había invocado ningún hecho concreto como causa de la remoción, sino que sólo se fundó en “razones de servicio”, que, por sí mismas, no constituían un fundamento suficiente para la revocación de la designación. En consecuencia, entendieron que esa omisión en la motivación del acto lo tornaba ilegítimo. Por otra parte, destacaron que el hecho de que la disposición se hubiese dictado en ejercicio de facultades discrecionales no eximía a la administración de exponer las razones en la que se fundaba su decisión pues, justamente, es en esos supuestos en los que se impone una observancia mayor de la debida motivación.

XII. LA ÉTICA PÚBLICA

Tras la reforma constitucional de 1994, el art. 36 determinó que el Congreso sancionaría una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función. Esta ley que lleva el N° 25.188 (B.O. 01/11/99) fue reglamentada por el decreto 164/99 y estableció un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Como deberes y pautas de comportamiento ético se establecieron los siguientes: a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; b) desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; c) velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular; d) no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; e) fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; f) proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados; g) abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa; h) observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad; i) abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido

en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil. Estableció además un régimen de presentación obligatoria de declaraciones juradas patrimoniales para funcionarios públicos, fijó un régimen de incompatibilidades para el ejercicio de la función pública y de obsequios a funcionarios públicos, e introdujo modificaciones al Código Penal.

Al año siguiente, el Poder Ejecutivo Nacional creó el denominado “Programa carta compromiso con el ciudadano” a través del decreto 229/00 teniendo por objeto la “instrumentación de compromisos de servicio por parte de los organismos públicos prestadores directos, donde se transparenten las condiciones y modalidades operativas de las prestaciones así como los derechos que con relación al tema, asisten a los ciudadanos” (art. 2°), estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública Nacional, a saber: a) A obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional. b) A ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración. c) A ser tratado con el máximo respeto y deferencia por las autoridades y por el personal al servicio de la Administración Pública Nacional. d) A conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas. e) A identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda. f) A obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles de acuerdo con la normativa vigente. g) A acceder a los registros y archivos públicos con las limitaciones legalmente establecidas. h) A hacer presentaciones administrativas en los procedimientos en los que tenga la condición de interesado, las que deberán ser evaluadas por la administración al dictar resolución, en los términos establecidos por la legislación vigente. i) A que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias. j) A presentar quejas por la omisión de trámites o retrasos en los procedimientos en los que sea interesado, y a reclamar ante cualquier desatención o anomalía en el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública Nacional.

En el ámbito de la Provincia de Córdoba, se dictó la llamada “Carta del Ciudadano” mediante ley 8835. Asimismo, debe tenerse en cuenta que nuestro país es firmante de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759 (B.O. 17/01/97), a través de la cual se busca dar una respuesta sistemática al problema de la corrupción, por medio de la prevención y sanción administrativa; debiendo tenerse presente asimismo, como respuesta legislativa, la sanción de la ley 25.246 (B.O. 10/05/00) sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo.

XIII. EL EMPLEO PÚBLICO Y LOS SERVICIOS DE CONSULTORÍA

La ley 22.460 (B.O. 06/04/81) sobre “*Servicios de Consultoría*” rige la promoción y contratación de servicios de consultoría que bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios requiera la Administración Pública Nacional, y su entidad descentralizada a la empresa consultora privada. La ley define como “servicios de consultoría” a toda prestación de servicios profesionales, científicos y técnicos de nivel universitario, cumplidos bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios y realizada por firmas consultoras o consultores, como “firma consultora” toda sociedad permanente, legalmente constituida, civil o comercial, cuyo objeto exclusivo es la prestación de servicios de consultoría y “consultor” todo profesional universitario altamente calificado que a título individual presta servicios de consultoría (arts. 1° y 2° de la citada ley).

Dado que la ley plantea como alternativa una locación de obra o de servicios con una firma consultora o con un consultor, corresponde señalar que el consultor individual contratado por la administración bajo el régimen de locación de servicios no se encuentra regido por el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, ni se convierte en empleado o funcionario público⁵⁷.

El contrato de consultoría constituye un contrato administrativo que se utiliza en general con el fin de encomendar la elaboración de proyectos de grandes obras públicas, o la elaboración de pliegos de condiciones en licitaciones públicas de envergadura o bien, para la asistencia jurídica del Estado ante Tribunales internacionales.

XIV. EL EMPLEO PÚBLICO EN TIEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

1. Introducción

Durante 2020 vivimos una emergencia sanitaria frente a un virus que nos era totalmente desconocido, el que hasta se atribuye haberse escapado de un laboratorio chino donde se hacen experimentos de armas bacteriológicas. Una verdadera película de ciencia ficción que nunca habiéramos imaginado protagonizar. No obstante, antes que esta crisis sanitaria se manifestara, en nuestro país, Argentina, ya nos enfrentábamos a otra crisis. Una crisis económica muy severa, lo cual dio lugar a que apenas asumiera nuestro Presidente, el pasado 10 de diciembre 2019, se dictara la ley 27.541 denominada “Ley de Solidaridad social y Reactivación Productiva

⁵⁷ Conf. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, p. XIII-27.

en el Marco de la Emergencia Pública”, que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó en el Poder Ejecutivo nacional, diversas facultades en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional hasta el 31/12/2020. Esta emergencia fue prorrogada a su vez hasta el 31 de diciembre de 2021, mediante Decreto n° 1042/20 (B.O. 28/12/20).

La referida declaración de emergencia tuvo lugar en épocas en que no se conocía la existencia del Coronavirus (salvo en China); por lo que, en Argentina, sobre esta crisis preexistente, se agregó una nueva emergencia, no ya económica, sino fruto de una pandemia global, generando un cóctel explosivo. Es decir, una emergencia sobre otra emergencia.

Es así entonces que por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 (B.O. 12/03/2020) se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del decreto de referencia.

2. Las medidas dispuestas

En virtud de la crisis sanitaria, se autorizó al Ministerio de Salud a contratar a ex funcionarios o personal jubilado o retirado, exceptuándolos temporariamente del régimen de incompatibilidades vigentes para la administración pública nacional.

Asimismo, se autorizó, en forma excepcional y temporaria, la contratación y el ejercicio de profesionales y técnicos de salud titulados en el extranjero, cuyo título no esté revalidado o habilitado en la República Argentina.

Además, se ordenó que todos los efectores de salud públicos o privados deberán adoptar medidas para suspender las licencias del personal de salud afectado a la emergencia.

Días después, por Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020, (B.O. 20/03/20), se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio, el que, con matices, se encuentra vigente en la actualidad y estableció diversas excepciones vinculadas a lo que se consideró servicios esenciales. Entre ellos, vinculados a empleos públicos se mencionó:

- Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo.
- Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades.

- Personal de los servicios de justicia de turno, conforme lo establecieran las autoridades competentes.

- Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos.

- Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas.

- Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y menderos.

- Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos.

- Personal afectado a obra pública.

- Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patógenos.

- Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias.

- Transporte público de pasajeros.

- Servicios postales y de distribución de paquetería.

- Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica.

- S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el Banco Central de la República Argentina disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.

- Se dispuso asueto para la Administración Pública y por su parte, el Poder Judicial decretó FERIA Judicial Extraordinaria.

Por Decreto de Necesidad y Urgencia 298/2020 (B.O. 20/03/20) se dispuso la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos en el marco de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario.

Mediante Decisión Administrativa N° 371 del 12 de marzo del 2020 se instruyó el otorgamiento de una licencia excepcional a todas aquellas personas que hayan ingresado al país habiendo permanecido en los países de los continentes asiático y europeo o en los Estados Unidos de América.

Además la Resolución N° 3/20 de la Secretaría de Gestión y Empleo Público de la Jefatura de Gabinete de Ministros estableció los mecanismos para el otorgamiento de las licencias y el trabajo remoto de los trabajadores alcanzados por la Decisión Administrativa N° 371/20; como además frente a la suspensión de clases en establecimientos educativos de nivel secundario, primario y en guarderías o jardines maternales, se permitió autorizar —a solicitud del interesado— la justificación de las inasistencias de los padres, madres o tutores a cargo de menores de edad que

concurran a dichos establecimientos, mediante la debida certificación de tales circunstancias obrantes en sus legajos. En el supuesto que ambos padres trabajen en relación de dependencia laboral en la Administración Pública Nacional, la justificación se otorgará sólo a uno de ellos.

Por Decisión Administrativa 390/2020 (B.O. 17/03/2020) del Jefe de Gabinete de Ministros se resolvió dispensar del deber de asistencia a su lugar de trabajo, a las personas que estén comprendidas en alguno de los grupos de riesgo conforme la definición de la autoridad sanitaria nacional: Personas mayores de 60 años, embarazadas y Grupos de riesgo: a. Personas con enfermedades respiratorias crónicas: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo. b. Personas con enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. c. Personas con Inmunodeficiencias. d. Personas con diabetes, insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses. Las personas mayores de 60 años que sean considerados personal esencial o estén afectados a alguna actividad crítica o de prestación de servicios indispensables, no se les otorgó dispensa, salvo que presenten las comorbilidades mencionadas para los grupos de riesgo. En caso de ser convocados a prestar servicios, se dio estricto cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones de prevención establecidas por la autoridad sanitaria. Las personas embarazadas y las comprendidas en los grupos de riesgo indicados, no pudieron ser considerados “personal esencial” ni ser afectados a actividades críticas o a servicios indispensables.

También por Resolución 207/2020 el Ministerio de Trabajo dispuso una licencia laboral para empleados privados o estatales mayores de 60 años, embarazadas, trabajadores con diferentes afecciones de salud y quienes deban cuidar a hijos menores por la suspensión de clases. En estos casos, no se afectaría el derecho a la remuneración.

Por decisión Decisión Administrativa 429/2020 se excluyó de la cuarentena a la:

- Operación de centrales nucleares.

- Dotación de personal mínima necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A.

- Operación de aeropuertos. Operaciones de garages y estacionamientos, con dotaciones mínimas.

Por Decisiones Administrativas nros. 450/2020; 490/2020 y 524/2020 se excluyó:

- Inscripción, identificación y documentación de personas.

- Actividad bancaria con atención al público, exclusivamente con sistema de turnos.

- Oficinas de rentas de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios, con sistemas de turnos y guardias mínimas.

-Actividad registral nacional y provincial, con sistema de turnos y guardias mínimas.

3. Implicancias concretas de la pandemia en relación al empleo público

Esta crisis ha generado que numerosos empleados públicos estuvieran a total disponibilidad, con interrupción de licencias y vacaciones, sobre todo aquellas actividades que pueden ser consideradas vitales para combatir la pandemia; personal de salud, quienes llevan la peor parte; y fuerzas de seguridad; otros tuvieron que exponerse con la atención al público, aun cuando se lleven adelante protocolos de prevención.

Otras actividades, como los docentes, han tenido que abordar el desafío de la utilización de herramientas tecnológicas poco frecuentes, como la enseñanza a distancia y también en los poderes judiciales se han activado mecanismos para el trabajo remoto o incluso se han tenido que improvisar salidas acordes a la urgencia, flexibilizándolas normas procesales. Así, para resolver cuestiones que no admiten demora, por ejemplo, se celebraron audiencias mediante wasap u otras plataformas, lo mismo para las notificaciones a correos no registrados en el sistema.

También un tema crucial fue la posibilidad de reducción de sueldos de los empleados públicos, algo que ya sucedió en nuestro país en varias oportunidades, y que generó diversos pronunciamientos de la Corte Suprema.

Me refiero a la reducción de sueldos de empleados en general, dejando a salvo la reducción voluntaria, como por ejemplo de los miembros de la Corte, Legisladores, o del Gobernador y planta política de funcionarios.

Los economistas calculan que, si se suman todos los niveles de contratación estatal —gobierno nacional, gobiernos provinciales, municipios, empresas estatales, universidades, entes autónomos—, la cantidad de empleados públicos ronda los 3,7 millones. La tendencia muestra una fuerte aceleración en el peso de los sueldos estatales respecto de los ingresos fiscales. Naturalmente, no es que esta situación ocurra por un incremento en los sueldos públicos sino más bien por una contundente caída de la recaudación.

Aunque está claro que no sólo con recortes nominales se bajan la masa salarial estatal. De hecho, en Argentina se ha aplicado muchas veces un método clásico de “licuación” por la vía inflacionaria: dejar correr a los salarios públicos a un ritmo más lento que los precios, con lo cual suben en términos nominales, pero caen en términos reales. Ocurrió en todos los gobiernos y los líderes sindicales lo aceptan como parte de las reglas de juego.

4. El teletrabajo

El teletrabajo es una forma de trabajo a distancia, en la cual el trabajador desempeña su actividad sin la necesidad de presentarse físicamente en la empresa o lugar

de trabajo específico. Se realiza mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), y puede ser efectuado en el domicilio del trabajador o en otros lugares o establecimientos ajenos al domicilio del empleador.

Se trata de una nueva cultura organizacional. El trabajo no es controlado por reloj, ya que el concepto de presentismo está quedando obsoleto y aparece otro de disponibilidad y objetivo cumplido en busca de una mayor productividad. Con horarios flexibles, respetando la jornada laboral, el tiempo y habitualidad de trabajo se acuerdan previamente para que tanto jefes como pares conozcan la disponibilidad del teletrabajador y si existe una rutina presencial o no.

El teletrabajador debe gozar de los mismos derechos, beneficios y obligaciones de aquellos trabajadores que presten igual tarea en forma presencial.

Los equipos y herramientas necesarias para cumplir con la labor podrán ser provistos por la empresa/empleador y el trabajador será responsable por su correcto uso y mantenimiento, como sucede en cualquier puesto de trabajo. En el caso consensuado en que el trabajador utilice su propio equipamiento, se sugiere a la empresa/empleador compensar la totalidad de los gastos y/o amortizaciones que genere su uso.

Ahora bien, surgen algunos interrogantes: ¿Puede un trabajador negarse a realizar tareas desde el hogar? ¿Puede constituir su negativa una falta grave configurativa de injuria? ¿Podría descontarse el salario correspondiente a los días en que no se hubiera verificado producción por parte del agente? ¿Qué tipos de controles puede implementar el empleador para garantizar la eficacia o la productividad del empleado? ¿Puede fijarse un mínimo de horas diarias de conexión remota para habilitar el pago de salarios? ¿Solo es viable el trabajo telemático cuando se pueden establecer objetivos de producción? ¿Cómo se evalúa la producción media? ¿Quién debe asumir los costos de adquisición, instalación, mantenimiento o puesta en funcionamiento de los soportes informáticos? ¿Podría negarse el derecho de reversión a quienes deseen, luego de la crisis, volver a sus lugares habituales de trabajo?

En la República Argentina, el teletrabajo ha sido regulado para los trabajadores privados mediante la ley 27.555 (B.O. del 20/11/2020), reglamentada por Decreto 27/21 (B.O. 20/01/21).

5. El Derecho a la Desconexión

Si algo quedó en evidencia en esta cuarentena es la infinita catarata de conectividad en la que estamos inmersos. Mails a cualquier hora, mensajes que no cesan, llamadas en momentos inoportunos y una interminable lista de videollamadas donde nos vemos obligados a acomodarnos para no se vea el lio puertas adentro. En los hogares la mayoría de las trabajadoras y trabajadores utilizan sus dispositivos personales para trabajar. Este problema instaló la cultura de la hiperconectividad y fu-

sionó la vida familiar con la laboral. Hoy es muy difícil que el teléfono esté apagado fuera del horario de trabajo. El derecho a desconexión era una deuda pendiente mucho antes del experimento masivo de trabajo desde casa que estamos viviendo por la pandemia. El derecho a desconectarse no implica sólo apagar mi teléfono o computadora, algo casi imposible porque, como dijimos, la mayoría usamos dispositivos personales para trabajar a distancia. Ni se resume en el derecho a “clavarle el visto al jefe”, cosa que podemos hacer si tenemos las agallas o la posibilidad. Implica también, y principalmente, el derecho a no recibir cualquier forma de comunicación entre el ámbito de trabajo y el trabajador o trabajadora: un mail, una notificación automática, un mensaje instantáneo por temas laborales tanto de la jefa o jefe, supervisores, compañeros/as o clientes fuera de la jornada laboral o durante los periodos de descanso, vacaciones o licencias. Es, en definitiva, contar con tiempo libre de calidad.

La hiperconectividad y los avances de las tecnologías de la información y la comunicación generaron una sobrecarga psicológica en los trabajadores y las trabajadoras: la conexión constante trae fuertes riesgos psicosociales asociados como ansiedad, depresión y agotamiento. El derecho a desconexión apunta directamente a tratar de generar una conducta social más razonable y respetuosa de la utilización de las tecnologías de la comunicación que lleve a aliviar el stress de la hiperconectividad y prevenga que el síndrome del agotamiento se instale de manera crónica en nuestras sociedades.

6. COVID-19 como Enfermedad del Trabajo

El día 13 de abril de 2020, mediante Decreto 367/2020, se estableció en la República Argentina que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 fuera considerada “presuntivamente” una enfermedad de carácter profesional —no listada— respecto de las y los trabajadores exceptuados del aislamiento, sujeto a ciertas condiciones y plazos, estableciendo una diferenciación respecto a los trabajadores de la salud.

Según el artículo 1º, para las y los trabajadores que realicen actividades declaradas esenciales, en general, esta presunción operará mientras se encuentren vigentes las medidas que ordenan el aislamiento social preventivo y obligatorio. Conforme al artículo 2º, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral, acompañada del correspondiente diagnóstico emitido por entidad sanitaria, las aseguradoras de riesgos del trabajo (A.R.T.) no podrán rechazar la cobertura de esta contingencia y deberán brindar en forma inmediata, las prestaciones previstas en la Ley N° 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias.

Conforme la normativa vigente, la persona deberá recibir todas las prestaciones correspondientes hasta su curación (asistencia médica, farmacológica, prestaciones dinerarias, etcétera) y, si se cura sin secuelas, deberá retomar a su actividad habitual. No obstante, si producto de la enfermedad, el trabajador o trabajadora que-

da con incapacidad —parcial o total—, o en el caso de fallecimiento, será, según este DNU, la Comisión Médica Central quien determine y confirme si hay relación causal entre la enfermedad y el trabajo.

En efecto, el art. 3º del DNU 367/2020 establece que la determinación definitiva del carácter profesional de la mencionada patología quedará, en cada caso, a cargo de la Comisión Médica Central (C.M.C.) quien entenderá con carácter originario, y deberá establecer la relación de causalidad directa e inmediata entre la afección y la actividad laboral. La Comisión Médica Central podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas. Dentro del concepto de ocasionalidad debe incluirse el trayecto al trabajo.

Corresponde ponderar los riesgos de los traslados en transporte público y la normal aglomeración en los lugares de trabajo, lo que debería funcionar como presunción a favor de la víctima. La ley de probabilidades dice que es más que posible que la persona se contagie por el hecho o en ocasión del trabajo (L.R.T., art. 6º), que en otras circunstancias.

En los casos de trabajadoras y trabajadores de la salud se establece también una presunción legal, afirmándose en el art. 4º que se considerará que la enfermedad COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico.

Esto es, se establece una presunción a favor del carácter profesional de la enfermedad, que no requiere ratificación posterior de la Comisión Médica Central, pero que sí admite prueba en contrario por parte de la ART. Será esta entidad quien deba iniciar el procedimiento administrativo en ese caso.

Para este sector de trabajadores y trabajadoras las presunciones rigen hasta los 60 días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el Decreto 260/20 y sus eventuales prórrogas (es decir, 60 días posteriores al 12/03/2021).

Por último, hay que mencionar que según su art. 7º esta norma aplica a todos los contagios cuya primera manifestación se haya producido a partir del 19 de marzo de 2020. Es decir que tiene efectos retroactivos.

7. Alguna jurisprudencia relacionada al Covid-19 y el empleo público

Se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y se ordenó al GCBA que le otorgue una licencia especial con goce de sueldo o disponga alguna modali-

dad de teletrabajo, hasta tanto subsistan la emergencia sanitaria o la demandada presente alguna propuesta que solucione el conflicto planteado, y compatibilice la función laboral de la actora y sus deberes familiares como madre. En presente caso, la actora desarrollaba tareas como médica pediatra en un centro médico de la Ciudad de Buenos Aires y es madre de una niña menor de edad, que se encuentra en su domicilio producto de la suspensión de clases decidida por razones de salud pública. El tribunal hizo hincapié en que la lamparista solicitó por la vía administrativa una solución a su problema, sin embargo, no recibió respuesta alguna de la administración, lo que obligó a la actora a iniciar el pedido cautelar. (C., C. A. c/GCBA s/ amparo - empleo público - otros- Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 24- 27/05/2020).

Se ordenó cautelarmente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que—de manera inmediata—provea a una enfermera del Hospital Durand los elementos de protección necesarios para evitar el contagio del COVID-19 dentro del nosocomio, al resultar paradójico que las autoridades locales hayan establecido a los ciudadanos el uso obligatorio de elementos cubran nariz, boca y mentón para ingresar o permanecer en locales comerciales, dependencias de atención al público y en medios de transporte público (resolución 15/2020) y, por otro lado, no suministre los adecuados para el personal de salud que se encuentra cumpliendo funciones esenciales en este contexto de emergencia sanitaria. (C. R. N. c/GCBA s/ amparo - empleo público - otros - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 13 - 13/04/2020).

Se dispuso cautelarmente al Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes que arbitre las medidas necesarias para permitir a sus profesionales médicos y personal de salud la libre circulación hacia la Provincia del Chaco para la prestación de los servicios esenciales de salud en los establecimientos en que ellos se desempeñaban y su regreso hacia Corrientes (en tanto no presenten síntomas compatibles con coronavirus). Ello es así porque se juzga que la prohibición de circulación para dichos agentes no sería en principio acorde con el Estado de Emergencia Nacional en el que nos encontramos inmersos ni tampoco se habría tenido en cuenta la situación especial de estas personas, esto es, el rol fundamental e indispensable que en estos momentos cumplen en el sistema de salud de la Provincia del Chaco, que hacen en definitiva al Sistema de Salud de la Nación. (Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes s/medida cautelar - Juzg. Fed. Resistencia - N° 1 - 29/03/2020).

También, se ordenó cautelarmente al Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes arbitre las medidas necesarias para permitir a determinados profesionales médicos accionantes, la libre circulación hacia la Provincia del Chaco para la prestación de los servicios esenciales de la salud, en el ejercicio de la actividad que le es propia —emergencias médicas— y el regreso a sus respectivos domicilios en la ciudad de Corrientes, en los términos y con las limitaciones establecidas en el Decreto de Nece-

sidad y Urgencia N° 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, en tanto no presentaren síntomas compatibles con Coronavirus (COVID-19). Es que, si se trata de resguardar la salud de la población, quienes deben cuidar de ella (como los médicos) deben estar exceptuados de la cuarentena, porque mal podrían cumplir su función si no se les permitiera desplazarse hacia los lugares de atención, revistiendo dichas labores naturaleza esencial. (Equipo Médico de Emergencia Chaco SA c/Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Corrientes y otros s/medida cautelar - Juzg. Fed. Resistencia N° 2 - 03/04/2020).

A su vez, como contrapartida y ante otro tribunal, se hizo lugar a una medida cautelar solicitada por la Provincia de Corrientes, se declaró inoponible y se suspendieron los efectos del decreto cautelar dictado en autos "Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes s/medida cautelar" dictado por el Juzgado Federal de Resistencia, antes citado, mediante el cual se le ordenó permitir a los médicos y personal de salud la libre circulación hacia la Provincia del Chaco para la prestación de los servicios esenciales de salud en los establecimientos en que ellos se desempeñaban y su regreso hacia Corrientes. Ello así, al interpretarse que denegar la medida cautelar solicitada importaba hacer prevalecer indebidamente el interés particular de los amparistas sobre el interés general de la comunidad tanto en la provincia de Corrientes como en la provincia del Chaco de evitar la propagación del virus COVID-19, tolerando un privilegio violatorio de la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional. (Estado de la Provincia de Corrientes c/Asociación de Clínicas y Sanatorios del Chaco y otros s/inc. de medida cautelar - Juzg. Fed. Corrientes N° 1 - 01/04/2020).

Al encontrarse vigente la prohibición de despido incausado con motivo de la pandemia, se hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por el actor y se ordenó al organismo demandado suspender los efectos de la resolución por la cual se resolvió el despido sin invocación de causa en los términos del art. 245, LCT, del accionante, disponiéndose su inmediata reincorporación en las mismas condiciones en las que se hallaba antes del despido, teniendo vigencia la presente medida hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la acción principal. (Ojeda Benegas, Julio Rodrigo c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/medida cautelar - Juzg. Fed. Resistencia - N° 2 - 07/04/2020).

Se confirmó una medida cautelar solicitada por un enfermero del Hospital neuropsiquiátrico "Braulio Moyano", y se ordenó al GCBA y a la ART demanda que provea al actor los elementos de seguridad laboral requeridos para mitigar el riesgo de contagio del virus COVID-19. En esa inteligencia, se tuvo por acreditado que el actor se encontraba dentro del grupo de personas exceptuadas del aislamiento preventivo y obligatorio y, además, que sus tareas como enfermero en un hospital generaban una mayor exposición a la enfermedad, por lo que el pedido de elementos de seguridad resultaba verosímil y el peligro en la demora claramente acreditado.

(Gómez, Pablo Marcelo c/Gobierno de la Ciudad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ acción de amparo - Cám. Nac. Trab. - VIII - 12/06/2020).

Se intimó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a reforzar el cumplimiento de la medida cautelar dictada, consistente en proporcionar al personal de salud todo elemento de protección, en la cantidad, forma y regularidad en su reposición que impongan las tareas a su cargo, para lo cual deberá fortalecer la entrega al personal de salud de elementos de protección personal a efectos de evitar el desabastecimiento, teniendo presente la velocidad con la que se encuentran aumentando los casos de contagio de coronavirus en los hospitales porteños, dando prioridad a aquellos que se encuentran en estado crítico por la atención a los sectores más vulnerables de la Ciudad, como lo es la situación denunciada en el Hospital Rivadavia y el Hospital Fernández. (Catalano, Daniel y otros c/GCBA y otros s/ amparo - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 18 - 25/06/2020).

Se ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que adopte las medidas necesarias para prevenir el contagio de los/las trabajadores docentes exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio, debiendo proporcionárseles una adecuada protección y proveerlos de los elementos de protección necesarios para evitar el contagio del COVID-19 de acuerdo a la actividad y tarea a desarrollar por cada trabajador. Es que el nivel de exposición al contagio del coronavirus obliga a los empleadores a garantizar un marco sanitario adecuado, en lineamiento con las recomendaciones comunicadas por las autoridades de la salud. (Unión de Trabajadores de la Educación Capital c/GCBA y otros s/ medida cautelar autónoma - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 13 - 10/04/2020).

Se ordenó cautelarmente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que —de manera inmediata— adopte las medidas necesarias para proporcionar a los trabajadores de la salud del Hospital Ramos Mejía una adecuada protección y proveerlos de los elementos de protección (EPP) necesarios para evitar el contagio del COVID-19, de acuerdo con las actividades y tareas que cada uno desarrolla. Asimismo, se ordena a Provincia ARTSA a dar cumplimiento a las normas de higiene, seguridad, control y supervisión del empleador en los términos de la ley nacional 24.557. Es que no cabían dudas sobre la verosimilitud en el derecho en cuanto a contar con todas las medidas y elementos que resulten necesarios para evitar el contagio del COVID-19, como así también del peligro en la demora basado en el riesgo que implicaba que continúen desarrollando sus labores expuestos al riesgo de contagio. Ello conforme a la responsabilidad que pesaba sobre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires conforme al decreto-ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo (artículo 8°). (Moya, Mónica Graciela y otros c/GCBA y otros s/ medida cautelar autónoma - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 14 - 17/04/2020).

8. Conclusiones

Más allá de cómo se desarrolle la crisis en los próximos meses y años, algo aún muy incierto, se pueden establecer que la crisis en su dimensión netamente sanitaria persistirá hasta el desarrollo, producción, distribución y aplicación masiva de una vacuna o de un tratamiento efectivo. Y es posible que a corto y medio plazo el mundo no se mueva hacia un escenario laboral pospandemia, sino hacia un escenario laboral con pandemia permanente.

Frente a la digitalización forzada y acelerada las instituciones públicas se han enfrentado a la necesidad de evaluar sus capacidades digitales y encarar procesos repentinos de adopción tecnológica e implementación de soluciones innovadoras.

Teletrabajo, pero con respeto del derecho a la desconexión.

También ha resultado auspicioso el reconocimiento del Covid-19, como enfermedad profesional en algunos casos (personal de salud) o que, probada la relación de causalidad, sea calificada como del trabajo.

La jurisprudencia ha reflejado una enérgica respuesta en defensa de la salud de trabajadores—tanto públicos como privados—frente a los riesgos de esta pandemia.

CAPÍTULO XII DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO

I. CONCEPTO Y DISTINCIÓN. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La propiedad estatal puede ser pública o privada. Por ello, el Código Civil de Vélez Sársfield distinguió entre “dominio público” y “dominio privado” del Estado, proporcionando una enumeración de cada uno de ellos en los arts. 2339, 2340 y 2342 del referido Código. El régimen de los artículos 235 a 239 del Código Civil y Comercial, sigue, en líneas generales, la regulación contenida en el Código Civil según la reforma operada en 1968 y los principios aceptados en la materia por la doctrina y jurisprudencia. Así el art. 235 dispone: *“Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales,; y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho respecti-*

vamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos”.

El encabezado del artículo deja en claro que dicha enumeración no es taxativa, dejando la posibilidad que “leyes especiales” agreguen nuevas hipótesis.

Idéntica reflexión merece el art. 236, que establece: “*Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título*”.

Resulta acertada la eliminación en el artículo anterior la referencia a “muros, plazas de guerra o corsarios” que adoptó el antiguo art. 2342, que responde a conceptos hoy desactualizados.

El Dominio Público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen especial de derecho público. Ni el Código Civil derogado ni el Código Civil y Comercial actual contienen una definición del dominio público. Sólo se limitó el primero a mencionar qué cosas pueden tener tal carácter, mientras que el hoy vigente además enumera en forma expresa los caracteres del dominio público que surgieron de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del texto originario del código. “Artículo 237. *Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236*”.

El dominio público es un concepto jurídico, cuya existencia depende de la voluntad del legislador. Sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tiene carácter dominial. Las cosas que forman parte del dominio público están fuera del comercio, pero el Estado puede conceder su uso o explotación mediante permisos de uso o concesiones sobre esos bienes. Ningún particular las puede adquirir por

prescripción por su posesión y transcurso del tiempo. Los bienes de dominio público están destinados al uso público ya sea en forma directa o indirecta (PTN, Dictámenes 216:1), no así los de dominio privado del Estado. El dominio privado del Estado, está sujeto, con algunas excepciones, a las reglas del dominio privado. Así, por ejemplo, lo atinente a la enajenación de un bien de dominio privado del Estado no puede disponerse sin el cumplimiento de los requisitos de las normas de derecho administrativo que regulan la materia.

La distinción inherente entre los bienes de dominio público y privado del Estado tiene que ver más bien en su régimen jurídico y es sobre todo de carácter teleológico, puesto que lo que se debe tener en cuenta es, si esos bienes o cosas, están o no afectados a un uso público, directo o indirecto. El uso indirecto se configura cuando su utilización, si bien no consiste en un uso general o común, implica su afectación para el logro de finalidades que son de interés público. El uso directo por parte de las personas se da, por ejemplo, respecto a las plazas, parques, calles o ríos mientras que el indirecto se vincula con las obras públicas, o los edificios destinados como sede de los poderes públicos.

El derecho al uso común del bien dominial configura un derecho real administrativo de todos los habitantes representados por el Estado. Los bienes que lo integran constituyen una propiedad establecida y regida por el derecho público, en especial por el derecho administrativo, que se desarrolla en forma paralela al régimen de propiedad privada y se caracteriza por una amplia serie de limitaciones impuestas en razón del destino de los bienes, sometidos a un régimen exorbitante de derecho privado. A diferencia del dominio público, el dominio privado de los particulares es absoluto, exclusivo y perpetuo. Absoluto significa que el propietario o titular del derecho de dominio puede hacer con su cosa lo que le plazca, o sea conservarla, regalarla, destruirla o venderla. La exclusividad del dominio implica que no pueden dos personas tener en la totalidad, cada una, el dominio de una cosa; pero pueden ser propietarias en común de idéntica cosa, cada una por su parte. Esté sería el caso del condominio. El carácter de perpetuidad significa que no se extingue por el no uso. Mientras el propietario no decida lo contrario, y la cosa subsista, continuará siendo propietario de ella, salvo el caso de usucapión por un tercero.

II. ELEMENTOS DEL DOMINIO PÚBLICO

El concepto de dominio público está integrado por cuatro elementos, a saber:

1) *Elemento subjetivo*: hace referencia al sujeto titular de la cosa, que puede ser la Nación, una Provincia, un Municipio y sus entes públicos estatales. Para algunos autores, también las personas jurídicas públicas no estatales pueden ser titulares del dominio público si sus bienes están afectados a la prestación de un servicio público

o una función pública¹. Los bienes que componen el dominio público no son *res nullius*, sino que pertenecen al Estado. Los de la Iglesia Católica son bienes privados de ésta. No siendo la Iglesia Católica un organismo del Estado, una persona pública estatal, va de suyo que sus bienes no pertenecen al dominio público. Para que los bienes de la Iglesia afectados al culto sean dominicales, falta un elemento esencial, el subjetivo, en cuyo mérito el bien debe pertenecer al Estado². Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Lastra, Juan c/Obispado de Venado Tuerto"³ en la que se planteaba un embargo sobre un inmueble del Obispado donde se hallaban emplazadas la sede del mismo, la vivienda del obispo y de varios clérigos de la diócesis confirmó la inembargabilidad del bien, invocando el Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina y el art. 2345 del Código Civil para retraer la jurisdicción estatal. En lo fundamental, sostuvo que el reconocimiento del libre y pleno ejercicio del culto y de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, que la República Argentina reconoce a la Iglesia Católica Apostólica y Romana en el art. 1º del Acuerdo celebrado con la Santa Sede en el año 1966, implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines, en armonía con la remisión específica que efectuaba el art. 2345 del Código Civil en cuanto a la calificación y condiciones para la enajenación de los templos y las cosas sagradas y religiosas correspondientes a las respectivas Iglesias o parroquias.

El art. 238 del Código Civil y Comercial, establece: "*Bienes de los particulares. Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales*".

2) *Elemento objetivo*: se refiere a los objetos, bienes o cosas que integran el dominio público. Puede tratarse de bienes inmuebles, incluyendo el espacio aéreo y el subsuelo; por se o por accesión (árboles de un parque, flores de una plaza, puentes construidos en una carretera); Pueden ser bienes muebles, (animales de un jardín zoológico, las colecciones de los museos, las armas portátiles de las fuerzas armadas y de la policía, los libros de las bibliotecas públicas) y objetos inmateriales (como el espacio aéreo, la fuerza hidráulica de un río, derechos intelectuales por fallecimiento del autor sin dejar herederos o servidumbres públicas, etcétera). Asimismo, la ley 22.351 (B.O. 12/12/80) alude a los Parques Nacionales como bienes de dominio público nacional.

¹ Conf. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 887.

² Conf. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 87.

³ CSJN, Fallos: 314:1324 (1991).

3) *Elemento finalista*: Los bienes de dominio público pueden estar destinados tanto al uso público directo como las playas del mar o indirectos como ocurre con las obras públicas construidas para utilidad o comodidad común (un dique o una represa). Parte de la doctrina sostiene que sólo los bienes destinados al uso directo de la comunidad están dentro del dominio público⁴. Otra parte de la doctrina entiende que también integran el dominio público los bienes o cosas destinados a un uso indirecto⁵, o a un servicio público, máxime cuando dicho servicio es prestado directamente por el Estado⁶. En relación a los bienes de los concesionarios de servicios públicos afectados a la prestación de éstos, MARIENHOFF y COMADIRA entienden que no integran el dominio público, sino que son bienes privados de tales concesionarios⁷. Más recientemente, otro autor⁸ ha sostenido que pese a la titularidad privada de tales bienes, ellos pueden quedar sujetos a un régimen jurídico que participa de los caracteres del dominio público en lo que respecta a su inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad e inejecutabilidad con la finalidad de mantener la afectación o destino específico de ellos para asegurar de este modo la calidad, continuidad eficacia y regularidad del servicio. Sin embargo, el art. 243 del Código Civil y Comercial contempla específicamente los bienes de dominio de los particulares afectados de manera directa a la prestación de un servicio público, los que sin pasar a tener su condición de bienes dominiales, quedan a resguardo de medidas tomadas por los acreedores del titular privado de dichos bienes, y por lo tanto se resguarda la efectiva prestación del servicio: "*Bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio*".

Este artículo vuelve irrelevante—en términos prácticos—la discusión acerca de si el bien afectado a la prestación directa de un servicio público podía considerárselos como de dominio público.

El art. 239 del C.C. y C se refiere a las aguas de los particulares. Establece: "*Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas*".

⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964, ps. 454 y ss.

⁵ MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., ps. 133 y ss.

⁶ DROMI, Roberto, ob. cit. p. 889.

⁷ MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., p. 93; COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1666.

⁸ MATA, Ismael, "Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos", en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2000, ps. 291 y ss.

privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos derecho alguno”.

Este precepto puede generar un conflicto de interpretación con lo previsto en el inc. “c” del art. 235 del mismo Código⁹ que incluye como integrante del dominio público “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”. Puede prestarse a confusión establecer si pertenecen al titular de terreno o al dominio público las aguas que surgen de terrenos de particulares que no forman cauce, pero tienen aptitud de satisfacer usos de interés general.

El artículo 240, que fuera modificado en su redacción originaria, se refiere a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva: “*Limites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*”.

A su vez, el artículo 241 establece: “*Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.*”

De gran trascendencia social y económica, el artículo 241 del Anteproyecto había consagrado el derecho fundamental de acceso al agua potable, en los términos siguientes: “*Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales*”. Dicho artículo fue simplemente suprimido en el Proyecto, dejando esta cuestión substancial librada al buen entender de los jueces en materia constitucional. El mismo fue reemplazado por el último párrafo del art. 240 de la versión del anteproyecto.

4) *Elemento normativo*: El carácter dominial de una cosa o un bien depende de una norma legal. El dominio público es un concepto jurídico. Depende de la ley. Corresponde a la legislación de fondo determinar el carácter de las cosas o bienes.

La declaración o atribución del carácter público o privado de las cosas es competencia exclusiva del Congreso de la Nación. Un acto administrativo no puede ser fuente atributiva del carácter público o privado de una cosa. La Administración sólo puede “crear” los bienes que integran el llamado dominio público artificial (plazas, calles, caminos monumentos, etc.) pero la condición jurídica de esos bienes creados no deriva de acto administrativo alguno, sino de la ley. Por lo tanto, no hay que confundir *afectación* de un bien al uso público con la *atribución* de carácter público o privado de los bienes. Sólo la ley nacional es el medio jurídico idóneo para establecer qué cosas son públicas y cuáles privadas¹⁰.

III. USOS DEL DOMINIO PÚBLICO

1) *Uso común*: Es el que puede realizar toda persona en forma directa, individual o colectivamente, por su sola condición de tal, sujetándose a la obligación de observar las disposiciones reglamentarias (consulta de libros en bibliotecas públicas, visita de museos, tránsito por la vía pública, contemplación de monumentos). Se trata de un uso *libre*, ya que no está sujeto a ninguna autorización de carácter administrativo, salvo el que pudiera resultar del ejercicio de la policía administrativa. Es por lo general *gratuito*, pero en algunos casos, de haber mediado una concesión de obra pública para su explotación, se cobra un peaje. Otras veces se exige una suma de dinero para acceder a algunos paseos públicos (jardín zoológico) o para visitar un museo. Es *impersonal*. Cuando el usuario tiene cualquier status jurídico personal, se estaría en presencia de un uso especial o diferenciado del dominio público. Finalmente, es *ilimitado*, ya que la posibilidad de su uso persiste mientras el bien permanezca afectado al dominio público.

2) *Uso especial*: Es aquél que sólo pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad, de conformidad con el ordenamiento jurídico, a través de permisos o concesiones de uso de dominio público. Se trata de un uso *reglado*, *oneroso* (pago de un canon), *personal* y *limitado*. El *permiso* crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley o a ciertas condiciones predeterminadas, ya que su incumplimiento determina su caducidad. Los permisos son precarios, se trata de actos de simple tolerancia y por lo tanto pueden ser revocados por la Administración—por razones de interés público—sin derecho a resarcimiento. Sin embargo, es preciso que la revocación sea dispuesta por acto administrativo debidamente motivado. Son ejemplos de permisos los que se otorgan para la instalación de mesas y sillas de bares en la vía pública, los kioscos de venta de dia-

⁹ Ver DELA RIVA, Ignacio - GUIRIDIAN, Javier - COVIELLO, Pedro “Régimen del dominio público”, en *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial*, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2012, disponible desde: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/regimen-dominio-publico-riva-guiridlian.pdf>

¹⁰ DROMI, Roberto, ob. cit., p. 891.

rios, los puestos de choripanes en un paseo público o los puestos de venta de flores en la vía pública y la cartelería que invade espacio aéreo de las veredas y calles. La *concesión* de uso de bienes de dominio público puede tener lugar por acto o por contrato administrativo. Se diferencia del permiso, porque su revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia es indemnizable, ya que la misma se otorga por un plazo determinado que debe ser respetado por la Administración. Como ejemplo podemos mencionar las concesiones en balnearios o paradores para instalar carpas y sombrillas, los jardines zoológicos de algunas ciudades, o las playas de estacionamiento que funcionan en inmuebles de propiedad estatal.

IV. AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

Debemos distinguir si se trata de un bien artificial o natural. En el caso de los primeros, la afectación y desafectación tiene lugar a través de un acto o un hecho administrativo. Este último caso se da por ejemplo con el sólo hecho de exhibir una colección en un museo, previa registración. Con respecto a los bienes de dominio público natural (ríos, lagos navegables, etc.) no es apropiado hablar de “afectación” ya que por su sola condición natural están incorporados al dominio público *ministerio legis*. También puede ocurrir que se extinga a su respecto la condición jurídica de dominio público por un hecho de la naturaleza, por ejemplo que un río se seque y deje de tener caudal.

Debe quedar bien clara la distinción entre la calificación jurídica de los bienes por acto legislativo del Congreso nacional, de la afectación y desafectación de un bien al dominio público que constituye una actividad administrativa, por la cual un determinado bien cambia de destino. Por ejemplo, cuando se suprime una calle o una plaza o, por el contrario, cuando se expropia una propiedad privada para destinarla a un paseo público.

CAPÍTULO XIII LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA PROPIEDAD

I. INTRODUCCIÓN

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994¹, nos enfrenta al imperativo de discurrir en torno a las posibles implicancias que la nueva normativa produce —si es que ello ocurre en el ámbito del derecho público en general y del derecho administrativo en particular. En efecto, la unificación legislativa de derecho común viene a llamar nuestra atención respecto de las eventuales incidencias que el nuevo ordenamiento importa sobre los institutos clásicos de nuestra disciplina. Más concretamente, la ocasión es propicia para repasar las conexiones que se presentan entre el derecho público y el derecho privado y las posibles vinculaciones entre los principales conceptos que comparten ambas ramas del derecho (v.gr. responsabilidad, dominio, contrato, acto, empleo, etcétera).

De tal manera, con motivo del código civil y comercial unificado volvemos a preguntarnos si en la nueva legislación se incorporan modificaciones respecto de los derechos reales y/o las limitaciones a la propiedad por razones de interés público que puedan traducirse en modificaciones a los análisis y las doctrinas elaboradas en torno de esos temas en el ámbito del derecho público. En ese marco y en cuanto al tema de este trabajo, nos preguntamos si existen diferencias sustanciales entre las llamadas servidumbres “civiles” y las servidumbres “administrativas”; o, por el contrario, cuando hablamos de “servidumbres” estamos en presencia de un mismo y único instituto —“las servidumbres”— válido para cualquier ámbito del derecho (público o privado) y que puede presentar matices particulares según la temática en la que se apliquen sin que ello altere la mentada unicidad. Asimismo, nos interrogamos si el nuevo código incorpora novedades en materia de “servidumbres” en general y, en

¹BO, 08/10/2014.

su caso, si tales modificaciones pueden incidir en las llamadas “servidumbres administrativas”.

Como podrá apreciarse, estos interrogantes, como así también otros tantos que podrían formularse sobre esta temática, no son nuevos sino que vuelven a suscitarse actualmente ya que pareciera que la nueva legislación unificada ha venido, en primer lugar, a replantear las relaciones entre el derecho público y el derecho privado y, en segundo lugar y como consecuencia de ello, a resignificar las vinculaciones entre los conceptos jurídicos que se utilizan en ambos campos del derecho.

Teniendo en cuenta tales premisas, el propósito de este trabajo consiste en responder el interrogante de si la regulación de las servidumbres en el nuevo código civil y comercial modifica de alguna manera —y en su caso de qué forma o con qué alcances— el régimen de las servidumbres administrativas. Para ello, nos referiremos brevemente a la regulación de las servidumbres en el nuevo código deteniéndonos de manera particular en aquellos aspectos de dicho régimen que puedan incidir y/o impactar en la estructura o fisonomía de las denominadas “servidumbres administrativas”. Por esa razón, nos referiremos básicamente a su conceptualización, objeto, contenido y las distintas clasificaciones que contempla el nuevo régimen.

En ese entendimiento, el plan de trabajo será el siguiente. En primer lugar nos referiremos brevemente a la regulación de los derechos reales en el nuevo código. Posteriormente, realizaremos una mención a las limitaciones al derecho de la propiedad por razones de interés público. En este apartado procuraremos despejar algunas novedades del nuevo régimen que, a nuestro modo de ver, poseen significativas implicancias en el plano hermenéutico de estas categorías. En tercer lugar, nos referiremos más específicamente al régimen de las servidumbres en el nuevo código civil y comercial procurando destilar de dicha regulación aquellos aspectos que inciden en las servidumbres públicas. Finalmente, expondremos algunas consideraciones a modo de conclusión.

II. LAS LIMITACIONES AL DOMINIO POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO

1. Generalidades

Si bien las limitaciones al dominio por razones de interés público no es el tema de objeto de tratamiento específico en este trabajo, cabe afirmar que se trata de una materia que es abordada principalmente por el derecho administrativo.

Sabido es que la cuestión de las limitaciones al dominio por razones de interés público es de vital trascendencia debido a las implicancias actuales que posee en el derecho administrativo y urbanístico de carácter provincial y municipal.

Por otra parte, también cabe recordar que estas limitaciones han sido calificadas desde antaño por la doctrina en relación con el grado de restricción que efectivamente

producen. Es por ello que quedan dentro de esta categoría las meras restricciones, las servidumbres administrativas, la ocupación temporánea, el secuestro, el decomiso y la expropiación².

El cambio de paradigma que propone el nuevo Código, en la búsqueda de adecuar el cuerpo normativo a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho, y a las nuevas realidades de la sociedad moderna, se erige como determinante para abordar correctamente el asunto³. Las modificaciones axiológicas señaladas resultan sustanciales a la hora de examinar las restricciones originadas por la protección del interés público⁴.

En cuanto a la extensión que cabe asignar actualmente respecto del concepto de interés público, cabe tener presente que siguiendo a Comadira utilizamos como equivalentes los términos “interés público” y “bien común”, habida cuenta que el interés público al cual generalmente se refiere la doctrina no puede ser sino el “bienestar general” mencionado en el Preámbulo de la Constitución, y éste a su vez, debe ser entendido, según ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, como el “bien común” de la filosofía clásica. (Fallos 179:113)⁵. En virtud de ello y con el alcance apuntado, debe reinterpretarse este concepto, el cual es armónico con la impronta del nuevo Código Civil y Comercial que, a su vez, también cuenta con asidero en reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia⁶.

2. Concepto

Sabemos que el artículo 17 de la Constitución Nacional dispone que: “La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

El concepto de “propiedad, en su acepción amplia que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comprende todos los derechos patrimoniales. Así

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 22; BIELSA, Rafael - VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho administrativo”, t. VI, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 55; DIEZ, Manuel M., “Derecho administrativo”, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1980, p. 204.

³ FLORES, Álvaro B., “La regulación de las limitaciones al dominio en razón del interés público en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, 2013-07-31, Publicado SJA2013/07/31; J4, 2013-III; AP/DOC/1584/2013.

⁴ Para ampliar, LORENZETTI, Ricardo L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento La Ley. Por otra parte, un compendio sobre la nueva normativa en esta materia, puede verse en MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Principales reformas en materia de derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial, *La Ley*, Buenos Aires, noviembre 2014, p. 231.

⁵ Cf. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 124.

⁶ “Asociación de Abogados del Estado c/Ministerio del Trabajo”, CSJN, Fallos: 331:2499 (2008).

lo ha expresado, en efecto, el Máximo Tribunal en el caso "Bourdie"⁷: "El término "propiedad" cuando se emplea en los artículos. 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad".

Por cierto, el derecho de propiedad, como todos los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, no es absoluto, sino que "está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio" (artículo 14, CN).

Ahora bien, las limitaciones a la propiedad pueden ser impuestas en vista tanto del interés privado como del público. En ambos casos, suponen dos regímenes jurídicos distintos; las primeras se regulan por el derecho civil, las segundas por el derecho administrativo, según lo preceptúa el artículo 2611 del Código Civil: "Las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público son regidas por el derecho administrativo" (ahora reformulado por el artículo 1970 según veremos más adelante).

En efecto, las limitaciones en interés privado son propias del derecho civil y por lo tanto su regulación corresponde al Congreso de la Nación, quien tiene a su cargo el dictado del Código Civil conforme lo dispuesto por el artículo 75, inc. 12, CN. En cambio, las limitaciones en el interés público son de competencia del Congreso de la Nación en concurrencia con los órganos legislativos provinciales, pues en virtud de nuestro ordenamiento jurídico las provincias tienen potestad propia en materia administrativa (artículo 122, CN); a su vez, los órganos deliberativos municipales también tienen competencia atribuida por delegación⁸.

En ese marco, puede afirmarse que la restricción administrativa o mera restricción es una especie de las limitaciones administrativas que incide en el carácter absoluto de la propiedad. En tal sentido, se ha dicho que las restricciones son las condiciones legales del ejercicio normal y ordinario del derecho de propiedad; restricciones ínsitas en la existencia misma del dominio, que implican un debilitamiento de la propiedad de una manera general y no implican sacrificio especial.

En virtud de la restricción, el derecho de propiedad permanece incólume; sin embargo, aquélla condiciona su ejercicio para hacerlo compatible con el interés público, el interés de la comunidad. Estas limitaciones reguladas por el derecho administrativo se imponen por ley en el beneficio del público o la comunidad.

⁷ "Bourdie", Fallos 145:307, (1925).

⁸ Si bien este deslinde de competencias entre la nación y las provincias se enuncia en forma teórica con meridiana claridad, en la práctica presenta ciertas vicisitudes que deben ser advertidas pues, como expondremos más adelante, ya que el nuevo código regula aspectos de las servidumbres administrativas como las de paso, acueducto, etcétera.

3. Fundamento. Clases

Las limitaciones al dominio de la propiedad privada con motivo del interés público son variadas. Sin embargo, todas responden a un mismo fundamento de interés público que delimita los contornos del régimen jurídico que resulta aplicable. En efecto, en las diferentes situaciones que se presentan es posible identificar una razón común de necesidad pública que las justifica, fundamenta y les otorga contenido propio.

Si bien las limitaciones al dominio responden a fundamentos similares, los caracteres del dominio sobre los que opera cada una varían en cada caso. En tal sentido, por ejemplo, las servidumbres administrativas constituyen una limitación al dominio de la propiedad ya que afectan su carácter exclusivo. Las restricciones administrativas, en cambio, inciden sobre el carácter absoluto de aquél y, finalmente, la expropiación, como categoría de incidencia máxima, importa la ablación o extinción del derecho de propiedad. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que en las limitaciones de interés público (restricciones y servidumbres administrativas), se hace retroceder el ejercicio absoluto y exclusivo del derecho de propiedad, hasta donde lo exija el interés público concretado en las necesidades administrativas (BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 4ª ed., N° 659, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 381)⁹.

Por su parte, la misma Carta Magna contiene, como sabemos, disposiciones en torno a las limitaciones a la propiedad, a saber: la expropiación (artículo 17); la requisición (artículo 17); y "queda abolida la confiscación (artículo 17, última parte). En ese marco, las distintas figuras jurídicas de limitaciones administrativas por razón de utilidad pública establecidas en el ordenamiento son: restricción, ocupación temporal, servidumbre, expropiación, requisición y decomiso¹⁰.

4. La metodología del nuevo código en materia de limitaciones al dominio por razones de interés público

La contemplación de las limitaciones al dominio por razones de interés público se encuentra prevista en el capítulo 4 del título III, ubicado en el libro cuarto relativo a los "Derechos reales". El capítulo se titula "Limitaciones al dominio", a diferencia de lo que acontece en el título V del código vigente, que se denomina "De las restricciones y límites del dominio". En este aspecto es posible afirmar que la locución

⁹ CSJN, "Lagos", Fallos:330:5404, (2007).

¹⁰ En el desarrollo de las limitaciones a la propiedad seguimos a FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, ps. 509 y ss.

genérica de las “limitaciones” comprende también la categoría de las meras restricciones, justificándose de tal modo la desaparición del término “de las restricciones”¹¹.

La disposición que regula aquellas restricciones al dominio es el artículo 1970, el cual se corresponde con el artículo 2611, Código de Vélez Sársfield¹², aunque con ciertos agregados. La norma referenciada dispone: “Artículo 1970. Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción. Los límites impuestos al dominio en este capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

Al respecto, es de destacar que el artículo es encabezado por la locución “Normas administrativas”, evidenciando una clara postura en torno a la naturaleza de estas limitaciones. En relación con ello, el nuevo texto afirma nuevamente que este tipo de cuestiones se encuentran regidas por el derecho administrativo.

La naturaleza de carácter administrativo de las normas que se refieren a las limitaciones al dominio en aras del interés público se reafirma a partir de sendas proposiciones que comprende la norma antes glosada.

En primer lugar, se enfatiza el carácter estrictamente local que reviste la regulación del aprovechamiento y uso de los inmuebles. Al prescribir que las prerrogativas en torno a la utilización de los bienes inmuebles deberán ser ejercidas de conformidad con las normas administrativas aplicables, resalta aún más las extensas facultades con las que cuentan las provincias (y sus municipios), las cuales poseen raigambre constitucional (cfr. artículos 121, 122 y 123, CN).

Al respecto, el nuevo código considera que corresponde a cada jurisdicción establecer lo relativo al uso y aprovechamiento de los inmuebles. En tal sentido, en nuestra opinión, no resultaría exacto señalar que la intención que se desprende del nuevo texto radica en delegar en forma excluyente a los gobiernos locales las prerrogativas atinentes a contemplar las coyunturas vernáculas que se susciten en sus jurisdicciones. Ello por cuanto la delegación supone que la competencia corresponde necesariamente al Estado nacional y lo delega a las jurisdicciones locales; mientras que la correspondencia se compadece más con la pertenencia originaria de tales competencias a cada una de las jurisdicciones.

Sin perjuicio de la distinción realizada en el párrafo anterior, es claro que para el nuevo código cada gobierno podrá adecuar el uso de sus inmuebles de conformidad con las necesidades que vayan surgiendo.

En segundo lugar, la norma del artículo 1970 del nuevo código unificado establece otra regla de sustancial relevancia materia de limitaciones a la propiedad por razones de interés público. La regla general aquí inserta resulta gravitante para la hermenéutica y aplicación práctica de los restantes artículos del título IV en virtud de que le otorga a estas normas el carácter de subsidiarias, es decir, que aquéllas tendrán operatividad siempre y cuando las reglamentaciones administrativas no se ocupen de estas cuestiones. En virtud de ello, podríamos concluir que quedan ratificadas en el nuevo código las potestades que poseen las respectivas jurisdicciones en esta materia y cuestiones urbanísticas.

Al respecto coincido con la opinión de que una interpretación correcta de esta norma — cuyo principio, como ya dijimos, se expande en el articulado posterior — confirma que el nuevo Código no ha querido establecer una suerte de presupuestos mínimos (cfr. artículos 41 y 42 CN — leyes 24.240 y 25.675 —) para regular las limitaciones al dominio motivadas por el interés comunitario. A nuestro juicio, si hubiera existido tal intención, se habrían avasallado una de las manifestaciones más nítidas en torno a las autonomías provinciales y municipales¹³. En todo caso, sí puede afirmarse que la nueva norma viene a establecer presupuestos “comunes” en el sentido de que ellos resultan aplicables en todos los casos; es decir, por igual a todas las jurisdicciones.

El régimen de limitaciones al dominio por razones de interés público también se integra por el artículo 1971 el que dispone que lo siguiente: “Daño no indemnizable. Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio”.

Al respecto, se recepta la solución sostenida en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la no procedencia de indemnización alguna por este tipo de restricciones, a menos que por la índole de la actividad se agrave el perjuicio.

Sobre este particular cabe formular algunas precisiones. En primer lugar, la locución de “deberes impuestos” que prevé la norma parece hacer referencia a la carga que ineludiblemente deben tolerar los ciudadanos en algunos casos por razones de interés público. Por otra parte, y tal como veremos más adelante, las circunstancias que determinan cuándo una restricción excede los parámetros razonables, y por lo tanto se transforma en una verdadera expropiación, deben ser analizadas en cada caso en concreto. A esos fines cabe merituar, entre otros aspectos, la cantidad y/o porcentaje de la superficie del inmueble afectado por la restricción y/o el grado de afectación a la disponibilidad genuina por parte de su titular¹⁴.

¹¹ En este apartado seguimos a FLORES, Álvaro B., *La regulación de las limitaciones al dominio...*, ob.cit.

¹² El artículo 2611 del Código de Vélez dispone: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en interés público, son regidas por el derecho administrativo”.

¹³ FLORES, Álvaro B., *La regulación de las limitaciones al dominio...* ob.cit.

¹⁴ Para ampliar, ÁVALOS, Eduardo - BUTELER, Alfonso - MASSIMINO, Leonardo, *Derecho Administrativo* 1 y 2, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2014, ps. 337 y ss.

5. Caracteres

Las restricciones administrativas presentan los siguientes caracteres, a saber:

(i) son generales, en el sentido que recaen sobre quienes se encuentren en una determinada situación objetiva; y son continuas en cuanto no requieren el hecho actual del hombre para que se verifiquen.

(ii) pueden imponer obligaciones de hacer, no hacer y/o dejar hacer. El hacer importa un comportamiento positivo, de operar, dar, construir, etc., como modalidad activa y no pasiva del titular del dominio. El no hacer (abstenerse) implica una obligación negativa; el dejar hacer comprende una permisón o tolerancia de que hagan en su propiedad.

(iii) pueden adoptar formas y contenidos diversos. Por esa razón, son variadas e ilimitadas en número y clase. Ahora bien, toda restricción debe tener su fundamento en razones de interés público como por ejemplo, seguridad, salubridad, moralidad, etcétera.

(iv) las restricciones no son indemnizables ya que no existe un sacrificio o menoscabo especial para inculido por ellas. Aquí debe distinguirse la indemnización por la restricción (que, como dijimos, no corresponde) con la indemnización que eventualmente podría generarse por daños derivados de la creación y/o ejecución de la restricción. Por ejemplo, en el caso de una restricción sobre un inmueble esquinero que debe guardar ciertas distancias mínimas con la línea municipal para realizar edificaciones, no le corresponde indemnización alguna por la restricción. Sin embargo, sí corresponderá indemnizar si, en esa línea municipal, se coloca un cartel de iluminación y tal tarea provoca daños al inmueble, ó, siguiendo la doctrina que surge del artículo 1970 in fine del nuevo código cabe indemnizar cuando, por ejemplo, se establecen sobre un predio determinadas instalaciones afectadas a un servicio público y éstas afectan y/o inciden en una parte sustancial del inmueble tornándolo inutilizable, según las características de la zona.

(v) son imprescriptibles ya que no se extinguen por "desuso" o "no uso", porque su imposición forma parte de las prerrogativas del Estado.

(vi) pueden estar afectados tanto bienes inmuebles como muebles. Si bien lo común es que las restricciones recaigan sobre inmuebles, los bienes muebles también pueden ser objeto de ellas; v.gr., limitaciones a la venta de objetos artísticos o históricos, que pueden consistir en derechos de preferencias para adquirirlos, autorizaciones especiales, etc., que pueden afectar parcialmente la plenitud del dominio, sin afectar su exclusividad.

(vii) son ejecutorias pues el particular no tiene derecho a interponer acciones negatorias que puedan paralizar los trabajos. Sin embargo, el particular puede reclamar por daños y perjuicios, no pudiendo resistir la imposición de la restricción.

Las restricciones comunes las ejecuta directamente la propia Administración; v.gr., fijación de carteles indicadores. Las restricciones especiales deben ser ejecutadas judicialmente; por ejemplo, cuando se debe demoler el exceso de una edificación construida por encima del límite de altura permitido¹⁵.

6. Los límites de las restricciones administrativas

Las restricciones no pueden exceder ni afectar el contenido del normal ejercicio del derecho de propiedad. Este recaudo, que debe verificarse conforme las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso, debe cumplir el requisito de razonabilidad como cualquier reglamentación. Es decir, las restricciones deben adecuarse proporcionalmente a la necesidad pública que debe satisfacer (artículos 14 y 28, CN).

Es relevante que el derecho de propiedad permanezca íntegro, incólume porque, si como consecuencia de la restricción o afectación que recae sobre el inmueble, excede lo normal y/o afecta su integridad, ésta deja de ser una restricción administrativa y podría generarse otra clase de limitación a la propiedad (sea una servidumbre administrativa o una expropiación, teniendo en cuenta la entidad de la afectación). En efecto, la restricción no debe alterar, desintegrar o desmembrar la propiedad, porque sus caracteres de "exclusivo y perpetuo" no pueden ser alcanzados, de modo alguno, por las meras restricciones administrativas. Por ejemplo, las restricciones al dominio por la colocación de un gasoducto en espacio de dominio público lindero a un inmueble privado, cuyo propietario no puede plantar árboles ni edificar en la zona de seguridad que proyecta ese gasoducto, no son indemnizables. Sin embargo, si esa limitación afecta una parte esencial de un terreno de superficie reducida lo deja inutilizable para el propietario, por lo que corresponde su expropiación.

7. Competencia

Las restricciones pueden ser establecidas en forma concurrente por la Nación y por las provincias (artículos 3º, 75, incs. 12 y 30, 122 y 126, C.N.). La imposición de la restricción puede hacerse por la ley nacional o provincial, reglamentos de ejecución o delegados (nacional o provincial) o por ordenanzas municipales.

¹⁵ FARRANDO, Ismael (h.) y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., ps. 512 y ss., MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N., "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes", 2012-10-17, SJA 2012/10/17-51; JA 2012-IV, AP/DOC/4156/2012.

III. LAS SERVIDUMBRES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹⁶

1. La ubicación de las servidumbres en el nuevo código

El nuevo código civil y comercial consta de un título preliminar y seis libros, divididos en títulos y secciones. El instituto de las servidumbres se regula en el libro cuarto de los "Derechos Reales", título XI, el que consta de cuatro capítulos. El "Título XI Servidumbre" de ese libro cuarto contiene: capítulo 1 "Disposiciones generales"; capítulo 2 "Derechos y obligaciones del titular dominante"; capítulo 3 "Derechos del titular sirviente"; capítulo 4 "Extinción de la servidumbre". Resultan aplicable a las servidumbres las disposiciones del Título I: Disposiciones Generales¹⁷ del libro cuarto.

La regulación se concreta en veintidós artículos (a diferencia de los ciento treinta y ocho que el código anterior dedicara a la materia). Al respecto, se ha señalado que las disposiciones reconocen como fuente las del Proyecto de Unificación de 1998¹⁷.

El artículo 2162, que se ubica en el capítulo I "Disposiciones generales", señala que "La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que se concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo. Por su parte, el artículo 2163 "Objeto" dispone que "La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno".

2. Las normas generales de los derechos reales aplicables a las servidumbres

En forma previa a tratar el régimen de las servidumbres—que, como dijimos es una clase de derecho real—nos referiremos brevemente a las normas generales relativas a los derechos reales (artículos 1882 a 1907), en cuanto pudieran resultar aplicables a las servidumbres.

En relación con el objeto del derecho real, el artículo 1883 dispone que éste se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa¹⁸; y también que puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley—vinculado ello con hipótesis de derechos reales sobre

derechos (como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad sobre cosa ajena (artículo 2120) o con supuestos de derechos complejos como el tiempo compartido (artículos 2087 y ss.)—.

En cuanto a la estructura del derecho real, se mantiene el régimen, en tanto no todas las normas que regulan los derechos reales son de orden público, sino solamente aquéllas que lo hacen sustancialmente; se plantea que tienen ese carácter las que se refieren a sus elementos y contenido y las relativas a su adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción y se señala como inválida la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura (artículo 1884).

Es de observar que, a diferencia de lo que hace el código civil vigente—en su artículo 2502—, no se regla los efectos de tal creación, en tanto según sea el caso, el juzgador decidirá si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real permitido.

Como consecuencia de todo lo expresado, se afirma que de las disposiciones del título I ("Disposiciones generales"), libro cuarto, se extrae que la servidumbre es un derecho real (artículo 1887, inc. k) (5), de carácter principal (artículo 1889), que recae sobre cosa ajena (arts. 1888), es registrable (artículo 1890) y no se ejerce por la posesión (artículo 1891), disponiéndose que las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados (artículo 1891, párrafo final), que serán los que se comparezcan con la respectiva servidumbre, no implicando dichos actos que el titular de la servidumbre ostente la posesión del fundo sirviente (art. 1891, párrafo final).

La servidumbre es considerada una carga o gravamen real para el inmueble sirviente (artículo 1888), estableciéndose como regla hermenéutica que "toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del bien gravado" (artículo 1888).

3. Definición, objeto y contenido

El artículo 2162 define a la servidumbre como "el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo".

La servidumbre requiere entonces la existencia de dos inmuebles pertenecientes a propietarios distintos, ya que se menciona en la propia definición al titular del inmueble dominante y al inmueble sirviente ajeno. Con ello, afirma la doctrina, se zanja la disputa acerca de si el usufructo, el uso y la habitación son o no servidumbres en el sentido de que no lo son, gozando además aquellos derechos de una colocación independiente en el artículo 1887 y de regulación en títulos autónomos. Conclusión confirmada por lo que se proyecta en el artículo 2165: las servidumbres personales requieren de dos inmuebles (dominante y sirviente).

¹⁶ Para ampliar, MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N., *Las servidumbres en el Proyecto de Código...* ob. cit., a quienes seguimos en este apartado.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ El artículo 16: "Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre".

Se admite expresamente (artículo 2163) que la servidumbre pueda tener por objeto una parte material del inmueble sirviente, como con las disposiciones actuales lo propicia la doctrina para todos los derechos reales (6), criterio que el propio Proyecto adopta (artículos 2130—usufructo—, 2154—uso—, y 2158—habitación—).

En cuanto al contenido de la servidumbre, podrá serlo determinada utilidad para el titular del inmueble dominante—aunque fuere de mero recreo—sobre el inmueble sirviente. La servidumbre, por consiguiente, no podrá absorber toda la utilidad susceptible de brindar el inmueble afectado, porque entonces se trataría de un usufructo.

Se elimina la regulación independiente de las servidumbres típicas (tránsito, acueducto, recibir aguas y sacar agua), contempladas en el Código actual—sobre la base de la tradición romana—en el título 13, “Servidumbres en particular”.

Según la doctrina que aquí seguimos, de la definición resulta que subsiste el principio—aunque no se lo consagra expresamente—de que el contenido de la servidumbre no puede consistir en un hacer y, si una obligación de hacer se hubiera establecido al constituir la servidumbre, sólo tendrá alcance personal¹⁹. Ello es conforme con la definición de la obligación del proyectado artículo 724 y a la circunstancia de que se regulan los “derechos del titular sirviente”, no sus “obligaciones”, como lo hace Vélez. Es que el “hacer” es contenido propio de los derechos creditorios y no de los reales.

Finalmente, es de destacar que el artículo 2171 dispone: “Modalidades. Las servidumbres pueden sujetarse a cualquier modalidad”.

4. Clasificación

El nuevo código recoge la distinción entre servidumbres positivas—servidumbres “in patiendo”—y negativas—servidumbres “non faciendo”—. Dispone el artículo 2164: “Servidumbre positiva y negativa. La servidumbre es positiva si la carga consiste en soportar su ejercicio; es negativa si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título”.

Al mismo tiempo se recepta la clasificación entre servidumbres personales y reales. Es importante señalar que se elimina la disputa acerca de cuáles son las servidumbres personales y si requieren dos fundos o si ellas son el usufructo, el uso y la habitación.

El artículo 2165 define a la servidumbre personal como la constituida a favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Se presume vitalicia cuando lo es a favor de persona humana y acaba con la muerte de este titular cualquiera sea el plazo convenido—que puede ser menor al de la vida del titular (artículo 2165)—, pues es intrasmisible mortis causa (art. 2172), sin perjuicio del

derecho de acrecer contemplado en el artículo 2167 para la servidumbre a favor de varias personas, el que debe preverse expresamente en el título²⁰. Constituida a favor de persona jurídica, se extingue con ésta o a los cincuenta años²¹ de su constitución (artículo 2182, inc. c), si no se pactó menor duración.

El artículo 2165 dispone que la servidumbre real es inherente al inmueble dominante y que debe procurar una ventaja real a éste; entendemos que se exige que el beneficio lo sea para la heredad dominante, cualquiera fuera su propietario. Con lo que puede concluirse en que ambas servidumbres son inherentes al fundo sirviente, pero sólo las reales lo son al dominante: si se transfiere el inmueble sirviente, la servidumbre “viaja” con él, dada su inherencia, sea real o personal; si se transfiere el fundo sirviente, tal calidad sólo es predicable respecto de la real (artículo 2165). La inherencia determina que no pueda transmitirse la servidumbre independientemente del fundo dominante (artículo 2172).

Otra clasificación, que surge tácitamente del nuevo código, es la de servidumbres perpetuas y temporarias. Esto, pues el artículo 2165 presume la perpetuidad de las servidumbres reales.

En cambio, se elimina la clasificación de servidumbres aparentes-no aparentes y continuas-discontinuas, así como la de activas-pasivas (mencionadas en el artículo 3054 del código actual).

Las presunciones iuris tantum establecidas pueden resumirse del siguiente modo: la servidumbre se presume onerosa, personal y, en el caso de que sea real, perpetua.

5. Adquisición

Las servidumbres podrán adquirirse por contratos onerosos o gratuitos (artículo 2170), por disposición de última voluntad, por imperativo legal (artículo 2166).

Se descarta expresamente la constitución por el juez o impuesta judicialmente (artículo 2169) y quedan eliminados—al no aparecer reguladas y suprimirse las clasificaciones de servidumbres aparentes y no aparentes y continuas y discontinuas—los supuestos de adquisición por destino del padre de familia y servidumbre que revive, así como la posibilidad—por lo mismo—de la adquisición por “posesión de veinte años”, hoy prevista en el artículo 3017, CCiv.

Para su adquisición derivada entre vivos se requiere título suficiente²² (advertimos que la adquisición sólo es admitida por título, al descartarse el destino del padre

²⁰ MARIANI DE VIDAL afirma que como la servidumbre personal no es inherente al fundo dominante, se extingue con la transferencia de dicho inmueble y no pasa a los sucesores singulares. (cfr. MARIANI DE VIDAL, M. - ABELLA, A., *Las servidumbres...*, ver nota al pie N° 10 del trabajo aquí seguido).

²¹ Se amplía el plazo de veinte años vigente en el código de Vélez.

²² El artículo 1892 dispone: “Título y modos suficientes. ... Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir derecho real”.

¹⁹ *Ibidem*.

de familia, la servidumbre que revive y la usucapión) y, en cuanto al modo suficiente, el primer uso en las servidumbres positivas es modo suficiente de adquisición (artículo 1892). Respecto de la transmisión mortis causa, la de las reales se produce con la muerte del causante (artículos 2277 y 2280); las personales se extinguen con la muerte del dominante.

6. Forma. Registro

Respecto de la forma que debe revestir el título suficiente, será como principio la escritura pública (artículo 1017, inc. a)²³, cabiendo puntualizar que en la constitución de la servidumbre a título oneroso, como “el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer, si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad” (artículo 1018), el convenio privado vinculado con la constitución de una servidumbre debe considerarse cubierto por esta norma y podrá ser requerida su elevación a escritura pública.

Respecto de la constitución a título gratuito, en tanto el artículo 1552 exige para la donación la escritura pública “bajo pena de nulidad” y el artículo 1543 establece que las normas del capítulo que regula la donación “se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito”, entendemos habrá de ser instrumentada por escritura pública bajo pena de nulidad (se trataría de un acto solemne absoluto).

Si la servidumbre se constituye por testamento, la disposición debe ser la expresión directa de la voluntad del testador y bastarse a sí misma, no pudiendo ser dejada al arbitrio de un tercero (artículo 2465). La ley vigente al momento de la muerte del testador rige el contenido y la validez o nulidad del testamento (artículo 2466) y la vigente al tiempo de testar, su forma (artículo 2472).

El documento de constitución o transmisión de la servidumbre habrá de ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para su publicidad y oponibilidad a terceros (artículo 2, ley 17801, texto según modificación propuesta en el Anexo II de la Ley de Aprobación y Derogaciones), extrayéndose del artículo 1893 que mientras no tenga lugar la registración la adquisición o transmisión no será oponible a terceros interesados de buena fe, “no pudiendo prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real” (artículo 1893, párrafo final).

²³ El artículo 1017 dispone: “Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa”.

7. Legitimación

Podrán constituir servidumbres los titulares de derechos reales sobre inmuebles que se ejercen por la posesión (todos menos servidumbres e hipoteca: artículo 1891). Si existe comunidad, se requiere el consentimiento de todos los integrantes (artículo 2168); en su ausencia, proyecta influencia el efecto declarativo de la partición (artículo 2403, aplicable conforme al artículo 1996).

Tratándose de servidumbre personal, puede establecerse a favor de varias personas, pero ellas carecen de derecho de acrecer, salvo pacto en contrario. Reiteramos la importancia del pacto expreso en el título de constitución, por las consecuencias legales.

Se prohíbe que se establezca servidumbre personal a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no pueda o no quiera aceptar la servidumbre (artículo 2167); ello, pues lo contrario implicaría una vinculación.

8. Las servidumbres forzosas

Las servidumbres forzosas, por oposición a las voluntarias, son las también llamadas “legales”, aunque es más adecuada la denominación elegida, puesto que, en verdad, la servidumbre no se constituye ipso iure sino que la ley sólo faculta al beneficiario a imponerla o reclamar su constitución a quien la deberá soportar “forzosamente”, no pudiendo rehusarse a la constitución si concurren los presupuestos de la ley.

Desde luego que habrán de ser indemnizadas, pues implican un desmembramiento del dominio: si no hay acuerdo sobre su monto, lo determinará el juez o la autoridad local si está involucrada la población. Ello con arreglo a las circunstancias de cada caso, ya que se eliminan los artículos actuales vinculados con el “precio” de las servidumbres de paso y acueducto (artículos 3068 y 3085).

El artículo 2166 del nuevo código reconoce las siguientes servidumbres forzosas: 1) de tránsito a favor de inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública; 2) de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y 3) la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías. Estas últimas son las servidumbres forzosas de desagüe y drenaje hoy contempladas en los artículos 3097 al 3099 y 3100 al 3103—respectivamente—del Código Civil. Se dispone que la acción para reclamar la constitución es imprescriptible.

Según el artículo 1976, como limitación al dominio—no indemnizable—, “debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin em-

bargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben”.

La armonización de los artículos 1976 y 2166 arroja que, como limitación no indemnizable, debe recibirse el agua aun extraída artificialmente y la arena o piedras que ella desplaza, si el beneficiado probare que no causa perjuicio. En cambio, a tenor del artículo 2166, en el caso de agua extraída o degradada pero que causa perjuicio pero éste no fuera grave, existirá la posibilidad de reclamar la constitución de la servidumbre forzosa indemnizable; y si causa perjuicio grave, se podrá reclamar igualmente la constitución indemnizable, pero debiendo ser el agua canalizada subterráneamente o en cañerías.

Finalmente, en cuanto a los derechos y obligaciones del titular dominante cabe señalar que están regulados entre los artículos 2173 al 2179, inclusive. En cuanto a los derechos del titular sirviente, el capítulo 3, Libro XII, regula los derechos del titular sirviente. Es de destacar que no se mencionan las “obligaciones” del sirviente, como lo hace Vélez, ya que quien soporta la carga no asume como principio obligación alguna; claro es que ha de cumplir con el deber de tolerar o abstenerse que se deriva de la servidumbre, no pudiendo menoscabar en modo alguno su uso.

9. Extinción

En relación a la extinción de las servidumbres resultan aplicables las causas comunes a todos los derechos reales: destrucción total de la cosa, abandono y consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena (artículo 1907). Siendo causas especiales: la desaparición de toda utilidad para el dominante; el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón, y, en las servidumbres personales, la muerte del titular persona humana o, si fuere persona jurídica, su extinción o el transcurso de cincuenta años desde su constitución —en ambos casos, salvo pacto de plazo menor— (artículo 2182).

La transferencia del dominante extingue la servidumbre personal, pues no es inherente a aquél. Como consecuencia de la extinción de la servidumbre se extinguen todos los derechos constituidos por el titular dominante (artículo 2183).

IV. LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

En los apartados anteriores hemos referido brevemente a las principales innovaciones que el nuevo código civil y comercial introduce en materia de servidumbres. En términos generales, tal como se afirmó, no se introducen cambios sustanciales en dicho régimen, que ahora luce más simplificado e introduce ciertas precisiones que lucen por demás trascendentes en nuestra disciplina.

En los apartados siguientes, nos referiremos, tal como planteamos en nuestro plan de exposición, al modo en que dichas adecuaciones pueden incidir en las denominadas servidumbres administrativas. Para ello, en primer término, recordaremos las distintas posiciones que se esgrimen en doctrina respecto de la naturaleza de este instituto en el derecho público y en ese marco conceptual, analizar las implicancias del nuevo régimen unificado según cada posición. Posteriormente, formularemos una caracterización de las servidumbres administrativas teniendo en cuenta la nueva normativa.

V. LAS SERVIDUMBRES “ADMINISTRATIVAS” Y “CIVILES”. DISTINTAS POSTURAS

La doctrina difiere respecto de la naturaleza que cabe brindar a las servidumbres en el campo del derecho público, con las consecuentes implicancias legales diversas que derivan según cuál sea la posición que se adopte. En relación al tema, para algunos autores, las servidumbres “administrativas” constituyen un instituto de derecho público que, como todas las categorías de esta disciplina, se fundan en el interés público y poseen sustanciales diferencias con las privadas. En cambio, para otro sector doctrinario, las servidumbres administrativas son una particular limitación del derecho de propiedad con características específicas según la finalidad que persiguen y no se publican a pesar de las modulaciones que le caben por razones de interés público. Veamos brevemente cada una de estas visiones.

1. La servidumbre como un derecho real administrativo (posición de la doctrina clásica)

La doctrina administrativa clásica afirma que la mera “restricción” administrativa como la “servidumbre” administrativa, son especies del género “limitaciones” a la propiedad. Más a pesar de que ambas son especies del género, difieren fundamentalmente entre sí, pues se vinculan a distintos “caracteres” del dominio. Mientras que la primera se vincula sobre lo absoluto del dominio, la servidumbre administrativa se relaciona con lo absoluto, en tanto importa una desmembración del dominio²⁴.

En tal sentido, la doctrina clásica señala que las servidumbres “administrativas” o “públicas”, como el derecho real administrativo constituido por el Estado *latu sensu* sobre un bien de dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivos del gravamen²⁵.

²⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo...* ob. cit., ps. 72 y ss.

²⁵ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 70. Del mismo autor, también ver “Servidumbres de Electroducto. Su régimen jurídico”, *ED 08/08/97*, p. 3. También puede

En ese entendimiento, afirma esta doctrina, la servidumbre administrativa, o de derecho público, tiene obvia “afinidad” sustancial con la servidumbre de derecho privado, civil. De ahí que muchos de los “principios” seculares dos por la ciencia jurídica respecto a las servidumbres de derecho privado, serán aplicables a las servidumbres administrativas; verbigracia, el principio cuyo mérito nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa.

De mismo modo, ambas servidumbres —la pública y la privada— se expresan como poder jurídico sobre la cosa, poder jurídico cuya naturaleza es esencialmente “real”. Las obligaciones personales que en tal caso pesan sobre el titular de la cosa gravada, no son sino consecuencia del carácter “real” de la servidumbre. Pero sin perjuicio de ello, sostiene esta doctrina, es de advertir que entre ambos tipos de servidumbre existen algunas “diferencias” fundamentales, determinadas esencialmente por el “interés público” que caracteriza a la servidumbre administrativa y que falta en la servidumbre privada. Correlativamente, el “Estado”, al imponer servidumbres administrativas, actúa específicamente en su carácter de tal, es decir, en el ámbito del derecho público, ejercitando su capacidad de derecho público.

2. La servidumbre como una limitación al derecho de dominio

Las servidumbres, para esta doctrina, importan derechos reales, en los términos de la legislación civil. Tal como resulta expresamente del artículo 2970 del Código de Vélez (art. 2162 según la ley 26.994), las servidumbres implican poderes, nacidos de la ley o de convenciones, dispuestos a favor de determinados predios o de ciertas personas —arts. 2971 a 2974, Cód. Civil; art. 2165, según ley 26.994— para usar un inmueble ajeno, ejercer ciertos derechos de disposición o impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad, razón que brinda justificación al deber de indemnizar al propietario titular del derecho de propiedad gravado con la servidumbre.

En sentido conteste con las ideas vertidas hasta aquí, este derecho real no se “publicita”, vale decir, no ingresa al “tráfico jurídico regido por el derecho público”, ni se incorpora al dominio público (conforme a un criterio estricto de asignación de condición legal, razón que inhibe la tutela administrativa respecto de tales servidumbres), en razón de que la servidumbre se estatuya a favor del Estado o de concesionarios de servicios públicos, como ocurre en la servidumbre de electroducto (que no es otra cosa que una servidumbre legal, continua y aparente, de tránsito — cfr. art. 83, ley 24.065 y art. 3078, Código Civil).

Según la regla impuesta en el artículo 3002, los bienes del dominio público del Estado no pueden ser gravados con servidumbres, por estar fuera del comercio. Por otra parte, no parece aplicable al Estado o al titular de la servidumbre de electroducto el término máximo de veinte años establecido para las servidumbres personales titularizadas por personas jurídicas, dada la base legal (no convencional) derecho real constituido en tal caso.

Otra cuestión es la relativa a la condición federal, común o local de la norma que estatuye la servidumbre, condición que resulta de la diversa jurisdicción competente (federal o local) y que no empece, según esta doctrina, la enunciación legal del derecho, su creación, por medio de ley uniforme contenida en el Código Civil, o bien del acto administrativo que la pone en ejecución, que tampoco debe ser confundido con el título legal que otorga el fundamento jurídico al derecho real abordado.

Expresa LAFAILLE, en relación con las servidumbres impuestas por ley, como la de tránsito y acueducto, que “las restricciones y límites al dominio difieren de estas servidumbres en que no existe en aquéllas fundo dominante ni fundo sirviente, sino simplemente una reglamentación del derecho de propiedad, una fijación... de la órbita de aquel derecho. Aquí, en cambio, existen verdaderas servidumbres. Cuando un predio no presenta una salida a la vía pública, por ejemplo, el propietario del mismo tiene derecho a exigir un tránsito por la heredad vecina; entonces hay un fundo dominante y otro sirviente, hay una servidumbre, a determinar por el juez, pero perfectamente caracterizable” y continuaba diciendo que “la servidumbre de acueducto, sobre todo en las provincias donde el agua es escasa se utiliza para fines de regadío, no solamente da lugar a que se invoquen las disposiciones del Código Civil sino [...] los códigos rurales, que lo han complementado y aclarado”²⁶.

Y concluye señalando que, tal como puede apreciarse, éste es un terreno fértil para observar las mutaciones interpretativas creadas a partir de nociones tales como “interés público” y “tráfico jurídico de derecho público”. Las instituciones del derecho pertenecen, ante todo, a la teoría general; por ello, en razón de una validación lógica de las interferencias, las aplicaciones particulares que de ellas se hagan en el ámbito de los diversos tipos de relaciones jurídicas (v.gr. aquellas relaciones jurídicas en las que es parte el Estado) no pueden servir a enfoques hermenéuticos contruidos sobre falacias de petición de principio que amparan conceptos cuya solidez doctrinal se impone a fuerza de repetición²⁷.

verse MALJAR, Daniel Edgardo, “Restricciones y servidumbres administrativas, El electroducto”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

²⁶ LAFAILLE, *Curso de derechos reales*, t. III, ps. 91 y 92 citado en CUADROS, Oscar A., *Administración y Constitución Administración y Constitución, Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 143.

²⁷ CUADROS, Oscar A., *Administración y Constitución Administración y Constitución, Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado*, ob. cit., p. 143.

La estipulación de un título preliminar en el nuevo código regula instituciones de la teoría general del derecho; la clasificación de las personas jurídicas privadas y públicas (cfr. arts. 141 a 150); la determinación de los bienes que pertenecen al dominio público y privado (cfr. arts. 235 a 238), y las limitaciones a la propiedad (especialmente el sostenimiento de la sirga o camino ribereño—ver art. 1974—y de otras servidumbres pasibles a ser instituidas a favor de la sociedad), son prueba de tal aserto²⁸.

En particular, en materia de limitaciones administrativas a la propiedad, el artículo pertinente señala lo siguiente: “Artículo 1970 [Normas Administrativas] Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

VI. SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS. RECAPITULACIÓN

En los apartados anteriores hemos referido brevemente a las principales innovaciones que el nuevo código civil y comercial introduce en materia de servidumbres. En términos generales, tal como se afirmó, no se introducen cambios sustanciales en dicho régimen, que ahora luce más simplificado e introduce ciertas precisiones que lucen por demás trascendentes en nuestra disciplina.

Entre las mayores novedades y en cuanto a las limitaciones al dominio, pueden mencionarse, por ejemplo, las adecuaciones que introduce el artículo 1970—que se corresponde con el artículo 2611 del código de Vélez—. En efecto, la regla que surge del artículo 1970 del nuevo código tiene sustancial importancia en esta materia ya que marca el deslinde de competencias entre las distintas jurisdicciones (nación, provincias y municipios).

En relación específicamente a las servidumbres, cabe precisar que las denominadas “servidumbres forzosas” que contempla el artículo 2166, varias de ellas, tienen en común que se establecen en beneficio de la población y/o la generalidad. Así, el nuevo código reconoce las siguientes servidumbres forzosas: 1) de tránsito a favor de inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública; 2) de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y 3) la de recibir agua extraída o degradada

artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías.

Es importante destacar que no puede válidamente concluirse, en nuestra opinión, que las “servidumbres forzosas” sean sinónimo o equivalentes de las “servidumbres administrativas” por la sencilla razón de que varias de las servidumbres “forzosas” que contempla el artículo 2166 pueden establecerse en beneficio y/o recaer sobre sujetos de derecho privado o responder a intereses puramente privados, los que como se dijo están obligados a tolerar el gravamen de la servidumbre por expresa disposición legal. Así por ejemplo, es el caso de la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble—privado—que carece de comunicación suficiente con la vía pública.

Ahora bien, las servidumbres administrativas sí son “forzosas” en el sentido de que facultan al ente público a imponerla o requerir su constitución a un tercero que la deberá soportar “forzosamente”, no pudiendo rehusarse a la constitución si concurren los presupuestos legales para ello. En tal caso, la autoridad administrativa debe dictar un acto administrativo (título) que constituye la servidumbre, el que posteriormente, debe inscribirse registralmente a efectos de dar la debida publicidad. Como vemos, es la naturaleza de la actividad desarrollada por el sujeto legitimado para constituir la servidumbre (la Administración) la que inviste al acto de todas las formalidades propias del derecho público. Sin embargo, ninguno de esos atributos son definitorios de la figura, todos los cuales se encuentran previstos estructurados en el código de fondo.

Es de hacer notar que las particularidades que poseen las llamadas servidumbres administrativas en cuanto al modo de adquisición, la forma, el registro y su extinción, derivan—antes que a posibles diferencias sustanciales entre las denominadas servidumbres “civiles” o “administrativas”—, de las particulares características o naturaleza de la actividad—administrativa—que desarrolla el ente legitimado para constituir las. En efecto, dado que la autoridad administrativa debe constituir una servidumbre para el cumplimiento de ciertos cometidos públicos, es claro que las formas y contenidos de esa actuación deben reunir todas las formalidades propias del derecho administrativo. Pero ello se debe, como se dijo, a la particular naturaleza de la actividad del sujeto activo que las constituye y no necesariamente al derecho real que se constituye.

Finalmente y en cuanto a su extinción, las servidumbres administrativas concluyen cuando desaparecen las razones de interés público que motivaron su creación. Esa es la ratio que debe motivar la decisión extintoria de la servidumbre. Lo mismo ocurre con las servidumbres forzosas del artículo 2166 cuando mutan o desaparecen las razones por las cuales se les atribuyó ese carácter “forzoso”.

²⁸ Ibidem.

Teniendo en cuenta estas particularidades, a nuestro modo de ver, con el nuevo código no se produce la derogación ni se invalidan los conceptos doctrinarios²⁹ ni jurisprudenciales³⁰ vertidos sobre las servidumbres públicas en torno al código de Vélez. Sí queda pendiente, sin embargo, la tarea de indagar el modo en que las disposiciones generales de la nueva legislación inciden en los denominados derechos reales administrativos en particular.

En ese entendimiento, seguidamente repasamos los principales aspectos que integran las servidumbres administrativas, compatibles con la nueva legislación.

1. Concepto. Elementos

Ya dijimos que MARIENHOFF define a las servidumbres “administrativas” o “públicas”, como el derecho real administrativo constituido por el Estado *latu sensu* sobre un bien de dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivos del gravamen³¹.

La servidumbre limita lo “exclusivo” del dominio; es decir, restringe el uso y goce, no su disponibilidad, como la expropiación. Sin embargo, cierto precedente judicial consideró que las servidumbres importan una suerte de expropiación del inmueble sobre el cual recaen³².

²⁹ BIELSA, Rafael, *Restricciones y servidumbres administrativas*, Lajouane, Buenos Aires, 1923; MAIORANO, Jorge, “La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por un obrar ilegítimo”, *LL*, 1980-C-468; VALIENTE NOAILLES, Luis M. (h), “Derecho real en servidumbre administrativa de electroducto”, *LL*, 1979-B-1036; VICCHI, Adolfo A., “Servidumbre de acueducto para uso de aguas públicas”, *JA*, 1946-II-75; “Martijena de Zubiano, Nora E. c. Dirección de Energía de la Provincia de Buenos Aires”, *S.C. Buenos Aires*, julio 4-1989, E.D. t. 136, p. 285; entre otros.

³⁰ “Unitan S.A. c. Provincia de Formosa”, C.S. mayo 26-1992, con nota de Luis Armando Carello: “Derechos de los propietarios ribereños y responsabilidad del Estado”, *LL*, t. 1993-A-419; “Moxey Savon Argentina S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires”, *CNCiv.*, sala F, mayo 31-1990, *LL*, t. 1990-E-357; “Municipalidad de Colón”, *CNCiv.*, sala IV, febrero 8-1990; “Rocca Hermanos S.R.L. c. Municipalidad de Buenos Aires” 2222, *CNCiv.*, sala H, mayo 28-98. “Galíndez, Héctor E. y otros c. Gas del Estado S.E. (en liquidación)”, *CNFed. Contencioso administrativo*, sala I, abril 22-1997; Suprema Corte de la Pcia de Bs. As., causa Ac. 54.754, “Cendoya de Benítez Cruz, María Angélica contra Empresa Social de Energía de la Provincia de Buenos Aires E.S.E.B.A. servidumbre de electroducto”; Suprema Corte de la Pcia de Bs. As.; causa Ac. 77.720, “Charles S.A. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Expropiación inversa”, etcétera.

³¹ MARIENHOFF, Miguel, *Servidumbres de Electroducto. Su régimen jurídico*, E.D. 08/08/1997, p. 3.

³² Así por ejemplo, en los autos “Von Wernich, Hernán José y otro c/ Resolución 2898/03- ENARGAS (Expediente 3619/01)”, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala N° 2, dijo: “Tal solución se encuentra acorde con el carácter general de las servidumbres administrativas que –a diferencia de las meras restricciones– traen aparejadas la obligación de indemnizar al dueño del bien gravado por el menoscabo que sufre su propiedad; correlativamente, dicho dueño tiene derecho a ser indemnizado (cfr. Marienhoff, Miguel; op. cit. t. IV, pág. 109)... Vale decir, si el derecho real de servidumbre afecta lo exclusivo del dominio privado, el perjudicado debe ser compensado. La constitución de una servidumbre en beneficio del interés público implicaría, en cierta forma, la expropiación de la franja ocupada”.

La Corte Suprema señaló con toda claridad que tal criterio resulta inexacto toda vez que en el caso de las servidumbres administrativas no existe transferencia de dominio. En virtud de ello, sentenció que no puede establecerse la analogía entre esta clase de servidumbres con el instituto de la expropiación por cuanto, en aquellas, el superficiario conserva todas las potestades jurídicas inherentes a su derechos de propietario. Afirmó, asimismo, que las limitaciones al dominio que generan la obligación legal de indemnizar, tienen su origen en una servidumbre administrativa, que aunque participa de algunas características de las de derecho privado, tiene también connotaciones propias³³.

En cuanto a sus elementos, las servidumbres administrativas son constituidas por una entidad pública. El titular por antonomasia de una servidumbre administrativa es una persona de derecho público estatal (Estado nacional, provincial, municipal y/o entidades descentralizadas) o no estatal. También pueden constituirse por los sujetos que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos o actividades de interés general.

En relación a su objeto, recaen sobre inmueble ajeno: puede constituirse sobre fundos sirvientes “privados o públicos”. En este último caso, siempre que no perjudique el uso público de la cosa donde se establecen o se constituya en función de un uso público distinto de aquel a que está afectada originariamente la cosa.

Cabe señalar que la utilidad pública (uso público) justifica esta limitación administrativa del dominio. La servidumbre administrativa está destinada a servir no a un inmueble determinado sino al uso público, una entidad pública, representativa de la “colectividad”: el “público”, de allí su diferencia con las servidumbres del derecho común.

En definitiva, la constitución de una servidumbre administrativa importa para el propietario de la cosa la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio, al ver afectada su exclusividad y, recíprocamente, conferir a la Administración una atribución jurídica sobre la cosa. No obstante, el propietario conserva su calidad de tal y su derecho de dominio, así como la posesión de la cosa (artículo 2180 del C.C.) y, eventualmente, su uso en función del concreto objeto de la servidumbre³⁴.

³³ “Lagos”, Fallos 330:5404, (2007), considerando 11 del voto de la mayoría.

³⁴ *Ibidem*.

2. Caracteres

Las servidumbres administrativas exhiben, en consecuencia, los siguientes caracteres:

(i) tienen por objeto satisfacer requerimientos de interés público, de interés general. Dicho interés, posee contenido propio que justifica todo el régimen jurídico que las regula³⁵. Se trata de un derecho real público que recae sobre un bien ajeno en beneficio del interés público³⁶.

(ii) pueden ser positivas (art. 2164) en el sentido de que el titular del inmueble gravado debe soportar su ejercicio por parte del titular de la servidumbre (p.ej. el dueño de un inmueble rural por el que atraviesa un ducto de electricidad debe permitir que el prestador del servicio lleve a cabo periódicamente las inspecciones técnicas de las instalaciones). También pueden ser negativas ya que, al mismo tiempo, importan, en ciertos casos, determinadas abstenciones del titular que surgen del título de la servidumbre (art. 2164). En el mismo caso anterior citado como ejemplo, el titular de la servidumbre no podrá construir y/o plantar árboles dentro de la zona de restricción del inmueble.

³⁵ Las servidumbres no se instituyen para satisfacer intereses particulares, las cuales se regirían en caso de existir por el derecho común. Para Marienhoff ello es posible por excepción en el caso de las servidumbres de electroducto (cfr. MARIENHOFF, Miguel, "Servidumbre de electroducto... ob. cit., p. 3).
³⁶ En relación a este carácter cabe preguntarse si existen servidumbres de infraestructuras de servicios públicos regidas por el derecho privado. Este interrogante obedece a que, respecto de las servidumbres de electroducto, Marienhoff afirma que es posible encontrar casos que, por excepción, se rigen por el derecho privado, no revistiendo naturaleza "administrativa". Ello por cuanto, según el autor, el objeto de la servidumbre consiste en la satisfacción de necesidades particulares de persona o personas determinadas y el origen de la energía producida y transmitida corresponda a bienes de naturaleza "privada" o "común", como podría ser la que provenga de la utilización de aguas de vertientes o manantiales (Código Civil, artículo 2350). Además, porque, según esta doctrina, la servidumbre sería constituida por quien produce la energía, en beneficio del propietario de un inmueble del que estuviere separado por alguno o algunos inmuebles intermedios, que serían los afectados por la servidumbre de electroducto. Pero todo esto debe ser materia convencional, contractual, en cuyo ámbito las personas actuarían con amplia libertad de decisión. Es decir, no se trataría, entonces, de una servidumbre técnicamente "legal", sino de una servidumbre "convencional" o "contractual", regida por el derecho común. Sin embargo, a mi modo de ver, tales razones no serían aplicables a las servidumbres de gasoducto por cuanto, las cuencas gasíferas, a diferencia de los manantiales de agua que se rigen por el derecho común, están sujetas a un régimen de explotación declarado de interés público (cfr. Ley N° 17.319, Ley N° 24.076 y concs.). Por otra parte y en relación al argumento del modo de perfeccionamiento, tampoco sería de reflejo en el caso de las servidumbres de gasoducto ya que, como vimos, las mismas (aunque responden aun acuerdo de partes) se constituyen únicamente mediante la autorización y aprobación del ENARGAS. Adicionalmente y aunque se tratara de un gasoducto dedicado al consumo de un único usuario, tal servidumbre nunca sería privada ni se regiría por el derecho común, pues el ducto en todos los casos es pasible de las inspecciones técnicas de seguridad que justifican el régimen de las servidumbres y, además, está sujeto al régimen de acceso abierto al régimen del servicio público según el marco regulatorio (cfr. Art. 13, 49, Ley N° 24.076 y concs.). En definitiva, por las razones señaladas opino que las servidumbres de gasoducto, a diferencia de las de electroducto, se encuentran, en todos los casos, sometidas a un régimen de derecho público.

(iii) son perpetuas en los términos del art. 2165 del nuevo código, entendiéndose por tal, mientras mantengan vigentes los fines de utilidad pública para los cuales se las constituyen.

(iv) pueden ser gratuitas u onerosas. La regla es que las servidumbres sean onerosas, es decir, corresponde una indemnización por el desmembramiento del derecho de propiedad que debe tolerar el afectado quien, recordemos, está amparado por las previsiones del artículo 17, C.N. Sin perjuicio de ello, las partes podrán convenir que la servidumbre sea gratuita cuando por ejemplo el mismo afectado se beneficie con ella. Tal sería el caso de la constitución de una servidumbre de electroducto sobre una red dedicada al propio usuario.

(v) En cuanto a la clasificación de los derechos reales por su objeto, la servidumbre administrativa recae sobre cosa ajena y, en consecuencia, no puede constituirse sobre el bien propio³⁷.

Dijimos que el nuevo código elimina la clasificación de servidumbres aparentes-no aparentes y continuas-discontinuas, así como la de activas-pasivas mencionadas en el artículo 3054 del código de Vélez. Sin embargo, cabe recordar que, según la clasificación que ahora se elimina, las servidumbres por infraestructuras de servicios públicos (gasoductos, electroductos, etc.) revestían el carácter de continuas ya que el paso, el uso y ocupación por la instalación de superficie son circunstancias permanentes que no requieren del hecho actual del hombre para verificar su ejercicio. Esta característica se corresponde con las notas de continuidad y regularidad de los servicios públicos a la que aquéllas se encuentran afectadas. Asimismo, revestían el carácter de aparentes pues se revelan por inequívocos signos exteriores que las tornan visibles, como por ejemplo, las instalaciones de superficie destinadas a la prestación del servicio público (tales como los mojones de señalamiento, etcétera), la presencia de vehículos de inspección sobre la traza, etcétera³⁸.

3. Competencias. Constitución y extinción

Las servidumbres pueden ser constituidas tanto por la nación como por las provincias, dentro de sus respectivas jurisdicciones (artículo 1°, 3°, 5°, 75, 122 y concs., C.N.), lo cual depende de la ubicación del respectivo bien y, en el caso de las infraestructuras de servicios públicos, de la jurisdicción que los regula³⁹. En tal sen-

³⁷ En un sentido similar, se señaló que "es dable puntualizar que la servidumbre es, dentro de los derechos reales de goce o disfrute, el de menor contenido, pues supone el derecho a una determinada, concreta y específica utilidad sobre un inmueble ajeno". (cfr. CNFed. San Martín, sala I, 2008/11/18, "Paraje los Ciervos S.A. c/ Estado Nacional (Adm. de Parque Nacionales) y otro", csd. VI).

³⁸ MASSIMINO, Leonardo, "Servidumbres administrativas de gasoducto", *Suplemento Derecho Administrativo*, LL (19/03/2010).

³⁹ MARIENHOFF, Miguel, *Servidumbre de Electroducto* ... ob. cit., p. 4. El autor aclara que la potestad para crear y establecer servidumbres en nuestro país es, por principio, local, provincial, por tratarse de una prerrogativa no delegada por las provincias a la Nación.

tido, algunas servidumbres sólo pueden ser impuestas por la nación (por ejemplo, las de gasoducto según la ley N° 24.076) y otras en forma concurrente por la nación y las provincias, según la ubicación de los bienes (por ejemplo, las servidumbres de electroductos que atraviesan varias Provincias son constituidas por la Nación. En cambio, las que están afectadas al servicio provincial, por las Provincias).

La creación de la servidumbre o la habilitación para constituir las debe ser siempre por ley formal (artículos 14 y 17, CN) y su concreción por acto administrativo de aplicación fundada en ley. La efectiva materialización de una servidumbre administrativa es competencia de la Administración de no existir oposición de parte interesada; en caso de existir oposición de parte interesada a la constitución de la servidumbre, puede someterse la cuestión al órgano judicial competente, porque la servidumbre importa un desmembramiento de la propiedad, de la cual nadie puede ser "privado sino en virtud de sentencia fundada en ley" (artículo 17, CN).

4. Algunos ejemplos

Entre las principales servidumbres administrativas pueden mencionarse las siguientes:

(i) servidumbres de sirga o camino ribereño. La propiedad limítrofe concursos de agua navegables, desde tiempos inmemoriales, siempre sirvió a los intereses públicos de la navegación. El uso de la calle o camino público está limitada únicamente a las necesidades de la navegación y a las de la pesca desde las embarcaciones (artículo 1974 del nuevo código). No es uso público genérico sino específico. Además, el camino o calle pública no integra el dominio público, sino el dominio privado del propietario. Esta servidumbre se impone de pleno derecho, sin requerir de un acto de la Administración que lo efectivice. La Corte Suprema de Justicia en el caso "Las Mañanitas"⁴⁰ dispuso la inconstitucionalidad de una ley provincial que, sin declarar la utilidad pública de un predio privado como lo requiere el artículo 17 de la CN, afectaba como calle o camino público ribereño una fracción de un inmueble de dominio privado.

(ii) servidumbre de acueducto. El artículo 2166 del nuevo código reconoce, entre las servidumbres forzosas, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías.

La servidumbre de acueducto, de constitución obligatoria, se aplica a las aguas de uso público, a las aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad competente; a las aguas subterráneas o surgentes a las de receptáculos o canales de propiedad de los particulares, que hayan concedido el derecho de disponer de ellas.

(iii) Las servidumbres de infraestructuras afectadas a la prestación de los servicios públicos. Por ejemplo, mediante la servidumbre ferroviaria se establecen limitaciones a las propiedades linderas con vías férreas, por razones de seguridad y mantenimiento ferroviario. Lo mismo ocurre con las servidumbres de electroducto y gasoducto que se establecen por resguardo de la seguridad pública conforme las leyes 24.065⁴¹ y 24.076⁴², respectivamente.

(iv) La servidumbre de hidrocarburos que se instituye para viabilizar la explotación de hidrocarburos en los términos de los artículos 66 y 67 de la ley 17.319; y las servidumbres mineras previstas en el Código de Minería⁴³.

(v) Servidumbre arqueológica. La ley 25.730⁴⁴ de protección al patrimonio arqueológico y paleontológico declara pertenecientes al dominio público del Estado nacional las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, y establece que en caso que la conservación de las ruinas implica una verdadera servidumbre perpetua, el Estado indemnizará a los propietarios del terreno en que se encuentren las ruinas (cfr. arts. 35 y ss, ley citada).

(vi) El código aeronáutico, ley 17.285,⁴⁵ establece la servidumbre aeronáutica prohibiendo en las inmediaciones de los aeródromos hacer construcciones, plantaciones y obras de cualquier naturaleza que dificulten la partida o llegada de aeronaves, sin autorización previa de la autoridad competente.

(vii) Servidumbre de vista (panorámica), que es aquella que se impone al propietario del inmueble para que permita al público contemplar una determinada vista (la belleza panorámica).

(viii) A veces el ordenamiento jurídico también prevé modelos especiales de servidumbre de "tránsito" o "paso" (v.gr., las llamadas vías pecuarias o caminos especiales para traslado y transporte de ganado, productos agrícolas, etcétera).

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir de las consideraciones formuladas en este capítulo podemos afirmar a modo de conclusión las siguientes premisas:

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel, *Servidumbres de Electroducto...* ob. cit., p. 3.

⁴² MASSIMINO, Leonardo, *Servidumbres administrativas...* ob. cit., ps. y ss.

⁴³ Ver PIGRETTI, Eduardo A., *Manual de Derecho Minero*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 63.

⁴⁴ B.O. 26/06/2003.

⁴⁵ B.O. 17/05/1967.

⁴⁰ "Las Mañanitas", Fallos: (332:1704).

1. La normativa proyectada simplifica el régimen de las servidumbres regulado en el Código de Vélez, eliminando disposiciones sobreabundantes o que habían originado controversias, pero no lo modifica de modo sustancial. "No son conceptos innovadores sobre el Código, aunque ciertamente se simplifican y aclaran los derechos del titular dominante y sirviente" (fundamentos del Anteproyecto).

2. En virtud de ello puede postularse que la jurisprudencia y la doctrina elaboradas en torno a las disposiciones del código de Vélez serán valiosos antecedentes—en consonancia con las circunstancias de cada caso—en orden a la interpretación y aplicación de las proyectadas⁴⁶. Al respecto, los fundamentos del Anteproyecto expresan que: "no son conceptos innovadores sobre el Código, aunque ciertamente se simplifican y aclaran los derechos del titular dominante y del titular del fundo sirviente".

3. En cuanto a la estructura de este derecho real, en definitiva, se mantiene el régimen vigente hasta el momento (al menos en sus aspectos sustanciales). Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que el nuevo código incorpora ciertas disposiciones generales que, antes que una modificación del régimen específico de las servidumbres, pareciera que están enderezadas a replantear más genéricamente las relaciones que se presentan entre el derecho público y el derecho privado y los conceptos comunes de ambas disciplinas, tal como las conocemos hasta el presente.

4. En tal sentido, en relación a las distintas posiciones que se esgrimen en torno a la naturaleza jurídica de las servidumbres (sea como instituto propio del derecho público o como una especial forma de limitación del derecho de dominio privado) pueden advertirse varias disposiciones del nuevo código que robustecen la idea de que en el derecho común es aplicable en todas las jurisdicciones, de manera compatible con las normas locales—de derecho administrativo—que se establezcan en cada una de ellas. En efecto, la estipulación de un título preliminar en el nuevo código regula instituciones de la teoría general del derecho; la clasificación de las personas jurídicas privadas y públicas (cfr. artículos 141 a 150); la determinación de los bienes que pertenecen al dominio público y privado (cfr. artículos 235 a 238), y las limitaciones a la propiedad (especialmente el sostenimiento de la sirga o camino ribereño—ver artículo 1974—y de otras servidumbres pasibles a ser instituidas a favor de la sociedad), son prueba de tal aserto⁴⁷.

5. En cualquier caso, puede sostenerse que las principales adecuaciones que en materia de "servidumbres" del derecho común—por ejemplo, las referidas al modo de adquisición, funcionamiento y modo de extinción, etcétera—tienen que ver con

la naturaleza de la actividad—administrativa—propia del sujeto que las constituye y no con las particularidades del negocio que se realiza ("la servidumbre").

En definitiva, Teniendo en cuenta estas particularidades, a nuestro modo de ver, con el nuevo código no se produce la derogación ni se invalidan los conceptos doctrinarios ni jurisprudenciales vertidos sobre las servidumbres públicas en torno al código de Vélez. Sí queda pendiente, sin embargo, la tarea de indagar el modo en que las disposiciones generales de la nueva legislación inciden en los denominados derechos reales administrativos en particular.

VIII. OCUPACIÓN TEMPORÁNEA

1. Concepto

La limitación que suspende temporáneamente lo absoluto y lo exclusivo de la propiedad se denomina "ocupación temporánea". Es el derecho real o administrativo, titularizado por un ente público estatal o no estatal expresamente autorizado, por el que se adquiere, por razones de interés público, en forma transitoria o provisional, el uso y goce de un bien de persona no estatal.

La ocupación temporánea, como su nombre lo indica, tiene siempre una duración limitada, provisional, transitoria, pudiendo consistir solo en la privación total o parcial del uso y del goce de un bien. Por su parte, la expropiación constituye pérdida, extinción del dominio, el desapoderamiento definitivo, tanto de usos, frutos, como de disponibilidad.

2. Caracteres

Los caracteres jurídicos de esta limitación administrativa son los siguientes:

(i) Es un derecho real administrativo (no creditorio o personal), sobre un bien determinado y, además, es de índole pública (administrativa).

(ii) El titular es un ente público estatal o no estatal expresamente autorizado por ley.

(iii) Por el que se adquiere el derecho constituido de la limitación ocupacional, de naturaleza "real" y contenido "patrimonial".

(iv) Por razones de interés público que justifica toda limitación administrativa; de lo contrario constituiría una disposición resistible por el propietario.

(v) En forma transitoria o provisional, pues el carácter temporal es esencial al instituto. La transitoriedad o provisionalidad de la limitación es lo que lo diferencia de la expropiación y la servidumbre.

(vi) La limitación del dominio solo alcanza al uso y goce del bien. La privación del uso y goce puede ser total o parcial. La ocupación recae sobre los mismos bienes o cosas que pueden ser objeto de expropiación.

⁴⁶ Repárese en que los artículos 1° y 2° del nuevo código no prevén que la doctrina sea fuente de derecho.

⁴⁷ CUADROS, Oscar A., *Administración y Constitución*, ob. cit., p. 139.

3. Clases

Existen dos tipos de ocupaciones temporáneas, según sean las circunstancias de hecho en las que se origina, anormal y normal.

La ocupación temporánea anormal se origina, según su régimen legal, en circunstancias tales como el estado de necesidad o la emergencia (incendios, inundaciones, terremotos, etcétera) que exigen soluciones urgentes. Su duración, en consecuencia, se prolongará en tanto dure la necesidad que la determinó; pero siempre supondrá un plazo limitado.

La ocupación anormal, a diferencia de otras limitaciones, la dispone la autoridad administrativa debido a la urgencia que la genera. En principio, no da derecho a la reparación pero tal principio cede si la ocupación excede plazos razonables; es decir, los tiempos propios de la emergencia o urgencia.

En cambio, la ocupación temporal normal de un bien o cosa, su utilidad pública debe ser declarada por ley, tras lo cual la administración pública inicia el procedimiento de concertación directa o avenimiento, a fin de acordar con el propietario del bien. Si éste no accediera, la administración ocupante podrá iniciar el proceso judicial, similar al expropiatorio.

La ocupación normal da derecho a resarcimiento, pues importa un sacrificio, ya que se desmiembra la propiedad por un tiempo determinado pues es una especie de expropiación de uso y goce de la cosa. Por esa razón, la indemnización debe ser justa, actual, integral y previa por imperativo el principio del instituto expropiatorio reglado en la CN (art. 17).

El resarcimiento comprende el valor del uso del bien por todo el tiempo que dure la ocupación normal y los daños y perjuicios ocasionados al objeto ocupado. Integran —además— el monto de indemnizatorio, el valor de los materiales que hayan debido extraerse necesaria e indispensablemente con motivo de la ocupación. No integra la indemnización —como en la expropiación— el lucro cesante.

En el caso de la ocupación temporal normal se establece un plazo máximo de duración que varía segundo el régimen legal. En caso de que se cumpliera dicho plazo y el bien no hubiera sido restituido, el propietario deberá intimar su restitución por medio fehacientes; vencido el plazo y de no haberse restituido e bien, el propietario está habilitado para iniciar el proceso de expropiación irregular.

El bien afectado por la ocupación normal no puede destinarse a una finalidad distinta de la que motivó la ocupación. Tal conducta importaría una violación al orden jurídico y permitiría que el propietario afectado acudiera a una acción judicial similar a la retrocesión.

IX. EXPROPIACIÓN

1. Concepto y fundamento

La expropiación es un instituto de derecho público, mediante el cual el Estado, por razones de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien al titular del derecho sobre él, siguiendo un determinado trámite y pagando una previa indemnización en dinero, integralmente justa y única.

El Estado en cumplimiento de sus cometidos y razones de bien común traslada cualquier bien del dominio particular y lo incorpora, previa indemnización, al patrimonio común, con la finalidad de satisfacer aquella utilidad pública.

Por su parte, el fundamento jurídico de la expropiación reside en el artículo 17 de la CN y, por imperio de nuestro régimen federal de gobierno (art. 121, CN), en las Constituciones Provinciales y en la ley de expropiación 21.499⁴⁸.

En la Provincia de Córdoba, la ley 6.394⁴⁹ establece el régimen de expropiaciones cuyo contenido es similar al establecido en el ámbito nacional. Cabe señalar, sin embargo, que la ley 9384 amplió el elenco de sujetos expropiantes. Además, el fuero competente para entender en los juicios relativos a esta materia en el ámbito local es el civil; mientras que en el régimen nacional, como se verá, es el contencioso administrativo.

En tal sentido, los artículos 14 y 17 de la CN disponen que “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentada su ejercicio, a saber: de usar y disponer de su propiedad [...] [...] la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*”.

La expropiación no es una “compraventa forzosa” regida por el derecho privado, de conformidad con el art. 1324 CC pues, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la causa “Esquivillon” respecto al artículo citado, que “*es indubitable la impropiedad de la terminología empleada, denominando comprador al expropiante y calificando de compra al acto expropiatorio [...]. La expropiación como instituto de derecho público está regida por principios propios, y no por los de la compraventa, figura jurídica exclusiva del derecho privado*”⁵⁰.

La expropiación es un instituto regido por normas de derecho administrativo en todas sus etapas; por ello la legislación puede ser tanto nacional como local, por aplicación de los arts. 75, inc. 12, y 122 CN.

⁴⁸ Ley de expropiación 21.499 (B.O. 17/01/1977).

⁴⁹ Ley 6.394 (B.O. 24/04/80) modificada por ley 9.384 (B.O. 03/05/2007).

⁵⁰ “Esquivillon”, Fallos, 283-335.

2. Los requisitos de la expropiación. La finalidad: utilidad pública

La causa de utilidad pública de la expropiación tiene como doble implicancia: por un lado, es la garantía constitucional para resguardar la propiedad privada; y por otro, que el "interés social" es la razón justificativa de la expropiación.

Al respecto el artículo 1° de la ley 21.499 señala que "[L]a utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual".

En consecuencia, el estado puede expropiar cuando lo exija la realización del bien común (p. ej. para la realización de una autopista, una represa, una escuela, etc.), que sea conveniente para el progreso social. También podrá aplicarse el instituto —no para hacer algo— sino para expropiar, por ejemplo, también podrá expropiarse un invento, una patente, etcétera.

La declaración de utilidad pública es presupuesto jurídico esencial para la expropiación. El artículo 17 de la Carta Magna dispone que la calificación de la utilidad pública es atribución legislativa pues debe producirse por ley formal.

La competencia para calificar la utilidad pública corresponde, concurrentemente al Congreso nacional y a las legislaturas locales, en virtud del sistema federal del gobierno que consagra por nuestra constitución (cfr. arts. 1°, 5°, 121 y 122, CN).

La calificación de utilidad pública deberá referirse a bienes determinados (ej. "expropiarse el inmueble ubicado en la calle San Lorenzo 311). Sin embargo, también se admite que puedan referirse esos bienes en forma genérica o indeterminada (p. ej. expropiarse los inmuebles necesarios en la zona ubicada entre calles Oro y Junín para la realización de tal autopista), dejando al poder ejecutivo la individualización o determinación específica del bien (cfr. art. 5°, ley 21.499). Es decir, la determinación o individualización no puede quedar totalmente librada al arbitrio del ejecutivo, quien debe actuar dentro de un marco "suficientemente" señalado por el legislador al efectuar la calificación.

Ahora bien, hay supuestos que no configuran la utilidad pública y, por lo tanto dan derecho al sujeto expropiado a impugnar la ley que declara el bien como de utilidad pública. A modo de ejemplo, la referida utilidad pública está ausente cuando la expropiación se efectúa en interés meramente privado de un particular (tal sería el caso, por ejemplo, si se expropia un bien que cumple una determinada función económica para donarlos a otro sujeto que lo destinará a cumplir la misma actividad), cuando el público se beneficia sólo incidentalmente con la expropiación y el beneficiario realmente es un particular y no la colectividad (por ejemplo, si se expropia una fracción de un inmueble para realizar un camino que es de muy escaso tránsito y, en realidad, está dedicado por su ubicación a un particular determinado); tampoco reúnen este recaudo los casos de expropiación que responden a un interés

fiscal pues aquí la finalidad es pecuniaria y no de utilidad pública como exige el art. 17 CN; o que la ley expropiatoria no especifica ni concretiza en qué consiste esa utilidad facultado ampliamente al Poder Ejecutivo a utilizar el bien por razones de interés general⁵¹.

En virtud de ello, si la declaración o calificación fuera arbitraria o no existiere tal utilidad, por tratarse de alguno de los supuestos señalados o cualquier otro similar a ellos que se presente en cada caso, la calificación de semejante utilidad pública puede ser impugnada judicialmente por quien se considere agraviado. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en el renombrado caso "Municipalidad de La Capital contra Isabel A. de Elortondo" en el que el Alto Tribunal dejó sentada la posibilidad de cuestionar la calificación legal de utilidad pública cuanto tal utilidad no existiere⁵² y otros posteriores.

Finalmente es de destacar que MARIENHOFF aclara especialmente que la calificación de utilidad pública es un acto de gobierno y no un acto institucional y que como la inexistencia de esa utilidad en el caso concreto puede responder a una desviación de poder del Congreso o legislatura, no es indispensable que la inexistencia de la utilidad pública surja de la ley sino que, tratándose de un vicio clandestino, puede acreditarse con otros medios⁵³.

3. La relación expropiatoria. Elementos

a) Sujetos: expropiante y expropiado

Los sujetos de la relación expropiatoria son, por un lado, el expropiante (sujeto activo) y por el otro, el expropiado (sujeto pasivo).

En cuanto al sujeto activo, el artículo 2° de la ley dispone que "*Podrá actuar como expropiante el Estado Nacional; también podrán actuar como tales la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, las entidades autárquicas nacionales y las empresas del Estado Nacional, en tanto estén expresamente facultadas para ello por sus respectivas leyes orgánicas o por leyes especiales. Los particulares, sean personas de existencia visible o jurídicas, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley*".

En virtud de lo dispuesto por este artículo se ha distinguido entre sujetos activos originarios (la nación y las provincias pues son los únicos que pueden declarar mediante ley formal la utilidad pública de un bien determinado) y los sujetos activos

⁵¹ Ver MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 196.

⁵² "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo", Fallos: 33:162, (1888).

⁵³ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 203.

derivados (que serían entes públicos no estatales o particulares, autorizados por la ley, concesionarios de obras y servicios públicos o contratistas de obras públicas, en tanto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público pueden demandar la utilización de bienes de terceros)⁵⁴.

Ahora bien, el sujeto beneficiario del bien expropiado es en principio del Estado (nación, provincia o municipios). Sin embargo, es factible que el bien se destine a una persona particular. Es decir, no se impone que el bien expropiado se incorpore al patrimonio estatal; en tal sentido, se ha admitido la expropiación del bien para planes de colonización⁵⁵.

Finalmente, el titular del bien, objeto de la declaración de utilidad pública, es el sujeto pasivo de la expropiación. Al respecto, el artículo 3° de la ley dispone un concepto amplio del sujeto pasivo en los siguientes términos: “[l]a acción expropiatoria podrá promoverse contra cualquier clase de personas, de carácter público o privado”.

b) Objeto expropiable

El objeto de expropiación es la “propiedad” con el alcance amplio reconocido por el Alto Tribunal en la causa “Burdieu”⁵⁶; es decir, todos los derechos patrimoniales de contenido económico. Quedan excluidos del aludido concepto de “propiedad” y, en consecuencia, de la posibilidad de expropiación, los llamados derechos a la personalidad; derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física, al nombre, etcétera.

Todo lo que puede ser objeto de un derecho de propiedad puede ser expropiado en los términos del art. 17 de la CN; esto es, en general, todos los bienes, es decir, todos los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor económico (art. 2312 del CC), y en particular; inmuebles, muebles, semovientes, buques, aviones, automotores, universalidades jurídicas (establecimientos industriales, comerciales, etc.), derechos (emergentes de un contrato de propiedad, etc.), los bienes afectados por el concesionario para la prestación del servicio público, el espacio aéreo, etcétera.

Los bienes de dominio público también pueden ser expropiados. Ahora bien, aquí hay que distinguir entre bienes de las provincias y de la nación. En relación a los bienes dominiales de las provincias pueden ser objeto de expropiación por el estado nacional porque se entiende que ese bien se lo destina a una obra de utilidad nacional de más amplio contenido que aquella a la cual estaba destinado originariamente⁵⁷.

⁵⁴ Ver FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros, ob. cit., ps. 509 y ss.

⁵⁵ “Nación Argentina c. Argal”, Fallos 237:707, (1957).

⁵⁶ “Bourdieu”, Fallos 145:307, (1925).

⁵⁷ En cambio, la posibilidad de expropiación de la Provincia a bienes dominiales de la nación, se entiende restrictiva y sólo para casos en los que sea vital y hacer a la existencia integral de la provincia (MARIENHOFF).

La ley admite la posibilidad de la expropiación parcial (art. 6°, ley 21.499). En efecto, la satisfacción de la utilidad pública no siempre requiere la desposesión total de un inmueble; de allí que se pueda expropiar parcialmente un bien; sin embargo, si la parte restante impide una utilización normal de aquel o si el remanente resultara “inútil” o “inadecuado”; el propietario tiene el derecho de requerir la expropiación total del inmueble.

En cuanto a los inmuebles rurales la norma positiva establece que la superficie inadecuada será delimitada de común acuerdo por las partes, en caso de avenimiento o concertación directa, o por el juez tratándose del juicio expropiatorio. La expropiación del sobrante inútil se puede solicitar tanto en sede administrativa como en la judicial. En el superpuesto de no lograrse la concertación, el propietario podrá promover la acción de expropiación irregular o reconvenir en el mismo juicio expropiatorio. La superficie inadecuada se establece en función de la actividad a realizar; por ejemplo, si los terrenos urbanos existen sobrantes insuficientes, cuando dicha superficie no se ajusta a los mínimos exigibles por las normas de edificación.

En el supuesto de expropiación parcial de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal (art. 6°, ley 21.499), los departamentos situados en cada piso son considerados como una unidad orgánica. De allí que en el caso de expropiarse un departamento, los propietarios de otros del mismo piso están habilitados, bajo determinadas condiciones, para demandar la expropiación total. A tal fin pueden accionar por expropiación irregular.

También puede ser objeto de expropiación el subsuelo con independencia de la propiedad del suelo y los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal (artículo 6°).

En el interesante precedente “Campo del Cielo c/ Provincia de Chaco”⁵⁸, el Alto Tribunal resolvió dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de la provincia del Chaco mediante la cual se convalidaba la expropiación de un inmueble de la actora en el que había caído un cuerpo celeste (meteorito).

En efecto, el eje central del litigio consistió en la interpretación amplia realizada por el Superior Tribunal chaqueño respecto del concepto de recursos naturales utilizado por el artículo 124 de la Constitución Nacional, según la cual esa expresión incluye a los cuerpos celestes que impactan sobre el planeta Tierra. La Corte sostuvo que esa consideración del máximo tribunal del Chaco “no encuentra sustento ni en la letra de la norma ni en los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994”.

⁵⁸ “Campo del Cielo c/ provincia de Chaco”, Fallos 147:178 (2011).

c) Indemnización

c) 1. Caracteres y naturaleza

La indemnización "es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al expropiado en el interés público, importa restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación".

La indemnización no es un "precio" sino el resarcimiento del daño sufrido en ocasión de la expropiación. En efecto, la indemnización está regido por normas de derecho público, es previa a la transferencia del dominio y comprende rubros especiales; no es un contrato sino un acto unilateral coactivo del estado; y no es una deuda pecuniaria sino deuda de valor, en virtud de que debe incluirse a depreciación monetaria al momento del efectivo pago. Al estar en vigencia la ley de convertibilidad, el valor se preserva por los respectivos intereses.

La indemnización debe ser (i) justa, es decir, objetiva, actual e íntegra. Implica dar en dinero el mismo valor de la propiedad; (ii) íntegra, por ello, debe comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, mantenimiento económicamente incólume el patrimonio del expropiado; y (iii) previa, en cuanto el pago debe ser, además de integral, sobre todo, oportuno. Es frecuente que el pago sea en efectivo y que, debido a que se expropia para realizar obras públicas de manera pronta o urgente, los pagos suelen postergarse para más adelante el futuro.

Por su parte, el artículo 10 de la ley de expropiaciones determina los valores que integran la indemnización —porque no todo perjuicio es indemnizable— disponiendo: *"La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización, el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses"*.

En consecuencia de lo dicho, la indemnización debe contemplar ciertos valores como veremos a continuación:

(i) el valor objetivo que se determina con la exclusión de factores subjetivos, sentimentales, personales, etc. Este valor se fija con criterios técnicos, de conformidad con los indicadores del mercado, como si el propietario hubiera vendido la propiedad. El valor es el valor inicial, no un valor esperado o probable.

(ii) Los daños causados por la expropiación solo se resarcen cuando son consecuencia directa, inmediata e ineludible de aquélla. Debe mediar entre la expropiación y los daños un nexo causal inexorable, que se constata en cada caso concreto.

(iii) el valor justo que es un valor equivalente al del bien del cual se priva al propietario. Valor justo es actual e integral; en suma, debe compensar al titular del bien el valor de este al momento de producirse el desapoderamiento. El valor actual del bien se fija al momento de la desposesión, teniendo como parámetro el costo de reposición o reproducción, es decir, la suma a invertir para obtener un bien igual al que se desapodero.

(iv) el valor integral que debe incluir la depreciación monetaria (art. 19, ley 21.499) y los intereses. Sin embargo, por imperio de la convertibilidad se preserva el valor con el reconocimiento y pago de los intereses que correspondan hasta la fecha de su efectivo pago.

(v) Las mejoras realizadas en el bien objeto expropiado después de la afectación la utilidad pública son indemnizables solo si ellas fueran necesarias (art. 11, ley 21.499), en tanto aquéllas tengan por finalidad impedir su pérdida o deterioro.

(vi) Se excluyen de la indemnización las circunstancias de carácter personal y los valores afectivos; las ganancias hipotéticas eventuales o de realización incierta y el lucro cesante o beneficios de los cuales el expropiado se ve privado a consecuencia de la expropiación⁵⁹.

(vii) La expropiación de establecimientos comerciales o industriales plantea el problema de si la indemnización debe comprender o no el "valor llave" y el "valor empresa en marcha". En estos casos la jurisprudencia ha considerado que el primero integra el lucro cesante y el segundo la ganancia hipotética, y ambos conceptos no son indemnizables. Sin embargo, el "valor llave" constituye también un "valor actual", teniendo en cuenta en cualquier venta de negocio, acrecentando el valor del inventario, por lo que debe ser incluido en la indemnización⁶⁰.

En relación a este tema, cabe recordar que algunos accionistas de ciertas empresas concesionarias de servicios públicos iniciaron —como consecuencia de los perjuicios ocasionados a los contratos de concesión de servicios públicos por la ley de emergencia pública 25.561— demandas contra el Estado argentino invocando los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones ante los tribunales de justicia internacional (CIADI).

El argumento central de estos reclamos consistió en que esa ley de emergencia pública había "expropiado" los derechos de propiedad que surgen de estos contratos de concesión y, por lo tanto, el Estado argentino debía indemnizar los perjuicios ocasionados. El reclamo económico comprendía, en términos generales, el "valor de negocio" dejado de percibir como consecuencia de la pesificación de las tarifas y otros aspectos contractuales. En cambio, el Gobierno argentino, que negó dicho

⁵⁹ "Grandio y Acosta", Fallos: 241-267, (1957).

⁶⁰ Cfr. FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros, ob. cit., p. 532.

perjuicio invocando la situación de emergencia pública vivida en Argentina, rechazó los alcances de la indemnización pretendida⁶¹.

(viii) La indemnización de valores históricos y panorámicos ha recibido diferente tratamiento por el derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina. En general, esta última admitió como integrante de la indemnización el valor histórico y panorámico; sin embargo, la legislación lo ha excluido según los casos (art. 11, ley 21.499).

(ix) La indemnización está exenta del pago de gravámenes o impuestos. La deducción de una suma den concepto de impuestos lesionaría la integridad de la indemnización. El resarcimiento tanto en el avenimiento (cesión amistosa) como el que resulta del juicio expropiatorio están exentos de cualquier tributo.

(x) Indemnización previa. El art. 17 de la CN dispone que la indemnización deber previa. Es decir que el propietario del bien, mientras no perciba íntegramente su indemnización, mantiene su condición de tal. La transferencia del dominio se efectúa una vez que se ha pagado totalmente la indemnización.

En consecuencia, la indemnización tiene que ser pagada en la fecha más cercana e inmediata a la sentencia firme que declara transferido al estado el dominio del bien. Por ello, la Corte Suprema dicho en la "Provincia de Santa Fe" fijó la indemnización a la fecha de dictar sentencia. El art. 20 de la ley en análisis empero establece el valor al momento de la desposesión, actualizándose la suma al momento del efectivo pago.

(xi) La indemnización única respecto de este carácter existen dos sistemas. Uno el pluralista, múltiple o divisible, por el cual juez fija distintas indemnizaciones, para quienes las reclaman por diferentes títulos; v.gr., locatarios, usufructuarios, etc. Es decir que se establecen tantas indemnizaciones como afectados haya por la expropiación. Otro es el sistema de la unicidad que establece una sola indemnización sobre la cual deben hacer valer sus pretensiones el expropiado y los terceros que se consideren con derechos. El segundo es seguido en nuestro país. Los terceros afectados deberán accionar contra el titular del bien objeto de la expropiación, para obtener una reparación, lo que en cierta forma torna ilusorio el derecho que pretenden tutelar, puesta puede acontecer que el propietario sea insolvente.

(xii) La indemnización se pagará en dinero efectivo, excepto que medie conformidad del expropiado en el sentido de aceptar otra especie de valor (art. 12, ley 21.499), como, por ejemplo, títulos públicos. En tal sentido, en el caso "Servicio de Parques Nacionales"⁶² en el que se juzgaba si la aplicación del régimen instaurado por la ley 23.982 que, en términos prácticos importaba abonar la indem-

nización por expropiación en bonos, era compatible con el art. 17 de la CN, el Alto Tribunal resolvió que "[...] indemnizar consiste en pagar el equivalente económico del bien del que se priva al expropiado—en sentido amplio, comprensivo del resarcimiento del daño—. Por ello, el medio de pago es el dinero pues es oficialmente la medida de los valores. Puede admitirse que el pago en dinero no hace a la esencia de la indemnización—en el sentido en que son esenciales los caracteres de previa, justa e íntegra, puesto que son condiciones de legitimidad de la expropiación—; y por ello es posible que con la conformidad del expropiado esa reposición económica se realice en especie o se resuelva en una obligación de hacer. Sin embargo, sin la conformidad del expropiado, la indemnización en dinero no puede sustituirse por otras prestaciones, por el riesgo de afectar los requisitos esenciales de pago previo, actual e íntegro. Ello es así aun cuando el expropiante ofrezca títulos cotizables en la bolsa de valores, pues su venta dependería de las oscilaciones del mercado y afectaría la integridad del pago (doctrina de Fallos: 82:432). "En dinero debe consistir siempre la indemnización" (doctrina de Fallos: 28:394; 115:59; 156:367; Montes de Oca, Lecciones de Derecho Constitucional, tomo 1, ed. 1917, ps. 394/395)".

4. Los efectos expansivos de la ley de expropiación

La doctrina⁶³ y jurisprudencia⁶⁴ han propiciado el carácter expansivo de la noción de expropiación por razones de interés público. Según esta posición, los principios de la expropiación son de aplicación, a falta de norma que expresamente prevea el caso, a todos los supuestos en los que el Estado, en ejercicio regular de función administrativa, lesione derechos de los administrados, causando perjuicios que éstos no tienen obligación de soportar.

Esta posición es aplicable, por ejemplo, en los casos de responsabilidad del Estado por daños producidos por su obrar lícito y, además, en materia de terminación de contratos por razones de mérito u oportunidad; en ambos casos con exclusión del lucro cesante como lo prevé el artículo 10 de la ley 21.499 y como lo hacen las normativas provinciales en la materia.

Sin embargo, también es de destacar que esta posición expansiva de la ley de expropiación se objeta con sólidos argumentos⁶⁵. Se sostiene que esa norma no puede

⁶¹ Para ampliar, ver sitio internet del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

⁶² "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini Hnos."; Fallos: 318:445, (1995).

⁶³ MARIENHOFF, Miguel, "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", *ED*, 114-949; BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *ED*, 122:589, entre otros.

⁶⁴ Ver CSJN "Sanchez Granel", Fallos 306:1409, entre otros.

⁶⁵ Para ampliar ver COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 925 y ss.

ser extendida pues supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a despojo; y que no es posible limitar, por aplicación analógica de la ley, la protección del derecho constitucional a la reparación integral entendida ésta como reparación comprensiva de todo el daño. A estos argumentos se ha respondido en términos generales que la Constitución sólo garantiza que el despojo del derecho no sea gratuito y sin responsabilidad para el Estado pero nada dice respecto del tema.

En suma, sólo se trata de destacar aquí la importancia que posee el instituto expropiatorio en el ámbito del derecho público, el carácter expansivo que presenta dicha normativa y las distintas visiones que existen sobre el particular.

5. El trámite de expropiación

a) Clases de trámites de expropiación

La legislación prevé dos clases de procedimientos expropiatorios: el administrativo, de avenimiento, cesión amistosa, concertación directa (extrajudicial) y el judicial o contencioso-expropiatorio.

La expropiación por avenimiento (art. 13, ley 21.499) tiene lugar cuando el expropiado está de acuerdo con que le expropian su bien a cambio de una cantidad de dinero. En este caso el expropiante ofrece al expropiado el valor fijado por los organismos técnicos competentes, en la nación: el tribunal de tasación. Se opera el perfeccionamiento de la expropiación cuando se transfiere el dominio al expropiante, mediante el decreto que aprueba la cesión amistosa, toma de posesión y el pago de la indemnización.

Es de destacar que, para promover la cesión amistosa en el marco del trámite expropiatorio por avenimiento, se establece un porcentaje adicional (10%) sobre el precio fijado por el Tribunal de Tasaciones como un incentivo para obtener el acuerdo expropiatorio por esta vía.

El procedimiento judicial tiene lugar, en cambio, si no se logra el avenimiento o concertación directa. En este caso, el expropiante, a fin de conseguir la transferencia del bien calificado de utilidad pública, debe promover la acción de expropiación en sede judicial.

El juicio de expropiación tiene por finalidad determinar el monto indemnizatorio, cuestionar la declaración legislativa de utilidad pública e impugnar la individualización administrativa del bien, si se trata de una declaración genérica de utilidad pública, o la de determinación de una superficie expropiada, en el caso de a expropiación parcial.

El proceso expropiatorio tiene carácter sumario (art. 19, ley 21.499) y presenta las siguientes características generales: (i) las partes son el expropiante y el expropiado y los terceros, cuando la respectiva norma positiva así lo determine; (ii) el juez

competente, si es un inmueble, es el juez federal con jurisdicción en lo contencioso-administrativo del lugar en donde se halle el bien expropiado; si es un mueble el juez del lugar de esos bienes, o del domicilio del demandado; (iii) la posesión del bien la obtendrá una vez que el expropiante consigne ante el juez el valor de ese bien, (iv) para fijar el valor en forma más técnica e imparcial, la tasación la hace el tribunal de tasación creado por ley y (v) la oportunidad del pago es con dinero en efectivo y antes que la propiedad se transfiera.

Los pasos principales del proceso expropiatorio son: (i) la declaración de utilidad pública, (ii) la iniciación del proceso, (iii) la valuación por parte el tribunal de tasaciones (iv) desposesión y (v) sentencia.

Es de destacar que el expropiante puede desistir de la acción mientras la expropiación no haya quedado perfeccionada; en tanto no se haya operado la transferencia del domicilio al expropiante mediante sentencia firme. (art. 32, ley 21.499), toma posesión y pago de la indemnización (MARIENHOFF, VILLEGAS BASAVILBASO). Si como consecuencia del desistimiento del expropiante se produjeran perjuicios al propietario, este tendrá derecho a ejercer las acciones legales correspondientes para obtener el respectivo resarcimiento; asimismo, si la recuperar el propietario la posesión se comprobaran daños derivados de la situación anterior, podrá accionar contra el expropiante en tutela de sus derechos.

a) 1. Abandono

El abandono tiene por efecto la imposibilidad de que se produzca, después de vencidos los respectivos plazos, el desapoderamiento de los bienes alcanzados por la ley no ejecutada (cfr. art. 33, ley 21.499). Si el proceso no se promueve dentro de los plazos legales, la declaración de utilidad pública es inexistente y, por tanto, los bienes que aquélla afectaba no podrán ser expropiados. Al expirar los plazos, los bienes no pueden ser desapoderados.

Las excepciones a la aplicación del abono son: (i) cuando una ley disponga lo contrario; (ii) en los casos de ordenanza municipal autoriza la expropiación para ensanche de calles u ochavas, (iii) la llamada "expropiación diferida".

a) 2. Expropiación diferida

Corresponde cuando, mediando varios bienes calificados de utilidad pública, es posible someter un grupo de ellos a un régimen que permita la libre disponibilidad de los mismos a sus propietarios hasta el momento en que el expropiante los requiera.

Este instituto que se fundamenta en el respeto estricto de las garantías constitucionales, se aplica generalmente cuando lo que se va a llevar a cabo es una obra que realizará en etapas sucesivas. Por esa razón, para su procedencia debe verificarse que (i) se trate de bienes inmuebles; (ii) la calificación legal de utilidad pública

y la calificación de la obra o planes como de ejecución diferida y (iii) la determinación de los bienes que quedarán bajo el régimen de diferimiento.

En cuanto al procedimiento, el expropiante, luego de declarar que se trata de una expropiación diferida, obtendrá la tasación del bien con la intervención del Tribunal de Tasaciones en la órbita nacional o del Consejo General de Tasaciones, en la provincia, y notificará al propietario del importe resultante del dictamen. Si es aceptado por el propietario, se pide su homologación judicial y el valor adquiere el carácter de firme. En caso de que sea rechazado por el propietario, el expropiante solicitará judicialmente la fijación del valor del bien.

Si durante la tramitación del caso, y antes de que se dicte la sentencia definitiva, el expropiante necesitara disponer del bien en forma inmediata, a requerimiento del expropiante, el juez otorgará la posesión del bien expropiado si se han cumplido los recaudos (dictamen del organismo tasador correspondiente y boleta de depósito judicial de suma estimada por el expropiante).

6. Expropiación irregular

La expropiación irregular, indirecta, inversa, consiste en la acción instaurada por el expropiado contra el expropiante, a fin de que éste adquiera el bien calificado de utilidad pública. Es decir, el expropiado insta procesalmente al expropiante para que efectivice la expropiación dispuesta por ley y pague la indemnización respectiva.

Este instituto tiene fundamento en la garantía de inviolabilidad de la propiedad (art. 17, CN) y recordemos que, entre las causales en las que procede, corresponde cuando, por ejemplo, por motivo de una expropiación regular, el inmueble expropiado queda inútil para su destino, p.ej. expropiación parcial de un campo, que queda cortado por una ruta y una de cuyas porciones es improductivo (cfr. arts. 8º, 9º y conec. ley 21.499); y también por vencimiento del plazo de la ocupación temporal normal, previa intimación y pasado un plazo determinado, el ocupante no lo restituya (cfr. art. 64, ley 21.499).

En cuanto a los requisitos para que proceda la acción por expropiación irregular, debe existir ley que califique de utilidad pública al bien y que se vea afectado el derecho de propiedad del dueño del bien (que continúa siendo propietario del bien pero no en forma normal por razón del poder público) (cfr. art. 51, ley cit.)⁶⁶. Al respecto, por ejemplo, en el caso “Machado, Juana”⁶⁷ el Alto Tribunal rechazó la demanda de

expropiación inversa iniciada por personas que trabajaban en el cauce del río que quedó sumergido en las obras de la represa Yacyretá (lavanderas, pescadores, junqueros) en el entendimiento de que “no resulta admisible que se acuerde a los particulares —en el marco de la ley de expropiación— una indemnización con fundamento en la privación de la utilización de bienes del dominio público, en tanto no integra el concepto de propiedad la mera tolerancia permitida por el Estado en el uso de bienes de dicha naturaleza. Una conclusión diferente conduciría al absurdo de constituir al Estado en garante de hipotéticas ventajas económicas sin que exista deber legal de hacerlo” (conf. doctrina de Fallos: 320:955; 323:1897).

Las normas del procedimiento judicial establecido para la expropiación regular se aplican también para la expropiación irregular en cuanto sean pertinentes.

En lo referido a los valores indemnizables en el juicio de expropiación irregular debe tener presente si se ha producido o no la desposesión del bien. Si se hubiera efectuado, el valor se fijara, como la expropiación regular, al momento de la desposesión; si al contrario, esta no se efectuó, el valor del bien se fijara al momento del examen pericial.

7. Retrocesión

Es el derecho que asiste al expropiado de solicitar el reintegro del bien expropiado cuando luego de expropiar un bien, el Estado le da un fin diferente de aquél establecido en la ley de declaración de utilidad pública (p.ej. si la ley establecía que debía construirse una escuela en el inmueble y se hizo un shopping); o no le diere destino alguno dentro del plazo fijado.

El expropiante, que debe dar al bien el destino fijado en la ley pues de lo contrario desconocería la voluntad del legislador, puede cambiar el destino del bien de dos maneras: (i) dando al bien otro destino en vista de satisfacer una utilidad puramente privada o (ii) que se persiga la satisfacción de una utilidad pública distinta de la señalada por el legislador.

En el primer caso es procedente la acción de retrocesión, pues se trata de una evidente desviación de poder. En el segundo, se debe determinar si la utilidad pública a que se destina efectivamente el bien guarda correlación con la utilidad pública de la ley de declaración.

En general, se ha aceptado que cuando existe una vinculación entre la utilidad pública a la cual se destina el bien y la utilidad pública a la cual se destina el bien y la utilidad pública que declara la ley, no es procedente la acción de retrocesión.

También procederá la acción de retrocesión cuando el expropiante no dé al bien el destino señalado en la ley. Este supuesto destino frustrado es análogo al abandono de la expropiación, pero también presenta diferencias. En el primer caso —des-

⁶⁶ Sin embargo y, como señala BUTLER, el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Zorrilla, Susana y otro el E.N. - P.E.N. si expropiación - servidumbre administrativa” deja abierta la posibilidad de que pueda promoverse la expropiación irregular en aquellos casos en donde si bien no existe una ley que declare al bien como de utilidad pública, la restricción a su disponibilidad es tan fuerte que ello implica —en la práctica— la indisponibilidad del inmueble (Para ampliar, ver el comentario al fallo “Zorrilla” en BUTLER, Alfonso, “Expropiación irregular y patrimonio histórico”, LL, 2013-D-7).

⁶⁷ CSJN, “Machado, Juana”, 12/06/2007.

tino frustrado—el bien calificado por la ley, el expropiante pagó la indemnización e incorporó el bien a su dominio no dándole en el plazo legal el destino previsto por el legislador; en tanto que en el abandono sólo hay expropiación, sin que luego la Administración realizara acción alguna para perfeccionar esa expropiación.

En cuanto a los requisitos de la retrocesión son (i) que la expropiación haya sido efectuada (es decir, toma de posesión y pago de indemnización si es por avenimiento; y si es judicial, también con sentencia firme que declare la transferencia de dominio) (ii) que se haya empleado para fin distinto al que dice la ley o que no se haya dado ningún fin en dos años y (iii) que el expropiado devuelva la indemnización recibida en forma actualizada.

La retrocesión puede ser llevada a cabo mediante los siguientes procedimientos, prejudicial (administrativo), de avenimiento, cesión amistosa, concertación directa; o judicial

En relación a estos procedimientos, cabe distinguir según las dos hipótesis: destino frustrado y cambio de destino. En relación a este último, el derecho positivo establece que se deberá interponer reclamo administrativo previo (art. 41, ley 21.499) a la demanda judicial.

De admitirse el reclamo, la retrocesión se habrá producido por vía administrativa. En relación “al destino frustrado” o “falta de destino” se requiere intimidación fehaciente al expropiante para que asigne el destino señalado en la ley expropiatoria. La intimidación de ser efectuada después de transcurrido el plazo que establece la norma positiva (art. 39, ley 21.499).

Producida la intimidación, puede darse laguna de estas tres situaciones: (i) que se le dé destino al bien; (ii) que se le dé un destino distinto de aquél y (iii) que no asigne destino alguno. En el primer caso, sería inconducente la retrocesión, pues carecería de sustento; en el segundo, si el destino acordado guarda conexión con destino señalado por la ley, no es procedente la retrocesión; pero si el cambio de destino es total, el expropiado iniciará la acción de retrocesión, sin el requisito de la reclamación administrativa previa. Por último, en el caso de no asignársele destino, aun después de la intimidación, entonces el expropiado podría iniciar la acción judicial.

En cuanto a los efectos de la retrocesión son: (i) el accionante debe reintegrar al expropiante la suma percibida en concepto de inmutación, (ii) la sentencia o resolución administrativa que acogiera la pretensión debe establecer la suma a reintegrar al expropiante y el plazo en que deberá hacerlo, (iii) respecto a la actualización de la indemnización por depreciación monetaria existen distintas soluciones legales y jurisprudenciales que apuntan a admitirla o no.

X. REQUISICIÓN

1. Concepto

Es un tipo de las limitaciones administrativas, que consiste en la ocupación, indisponibilidad o adquisición coactiva de un bien por el Estado, quien lo dispone por situación de generalidad y a efectos de satisfacer exigencias de utilidad pública, calificada por la ley e indemnizada.

El fin de la requisición es variado porque puede abarcar la prestación de servicios (carga pública); la adquisición de cosas muebles; o la utilización de inmuebles y semovientes.

Los orígenes de la requisa son castrenses porque las impusieron las necesidades de la guerra. Se trató de un procedimiento exclusivamente militar, reservado a las fuerzas armadas para la adquisición de bienes muebles y limitado al tiempo de guerra.

Sin embargo, este instituto ha evolucionado para abarcar, además de las necesidades públicas de origen militar, también las necesidades públicas de naturaleza civil. En efecto, la requisición militar se limitaba a los bienes muebles: la civil, a contrario, se extiende a los objetos más diversos que puedan ser necesarios para atenuar las graves consecuencias sociales producidas por situaciones de crisis económicas.

Los requisitos que deben concurrir para la requisición son: (i) utilidad pública; (ii) indemnización; y (iii) procedimiento escrito; “orden de requisa”.

La requisición es un “procedimiento administrativo unilateral de cesión forzada de bienes, principalmente muebles, para satisfacer urgentes razones de utilidad pública y mediante la indemnización correspondiente”. Consiste en una decisión unilateral de la Administración que exige de una persona la prestación de la activa (carga o prestación forzosa); la provisión de objeto mobiliarios; el abandono temporal del goce de un inmueble, o de empresas para hacer con un fin determinado, un uso conforme al interés general.

2. Clases y distinciones

La requisición, tanto civil como militar, comprende dos tipos: la requisición en la propiedad y la requisición en el uso.

La requisición en propiedad tiene por objeto exclusivamente cosas muebles o derechos; no se aplica a los inmuebles. Los bienes objeto de requisición son fungibles, y además existen en el comercio en cantidades indeterminadas y no se individualizan con sindicación del propietario. La expropiación, al contrario, tiene por objeto toda clase de bienes; no lo es menos que estos deben tener un carácter de unicidad e infungibilidad; el objeto de la expropiación debe ser siempre determinable.

Por otra parte, la declaración de utilidad pública tiene efectos jurídicos distintos. En la expropiación, esa declaración por sí sola no hace al bien indisponible; en necesario que el expropiante haya consignado el precio de la expropiación. En la requisición en propiedad, la declaración de utilidad pública, per se, hace indisponibles a los bienes sujetos a ella; la indisponibilidad asegura los fines del legislador e impide el agio y la especulación, de modo previo a la indemnización. Los bienes quedan implícitamente consignados a la orden requisado.

La "requisición de uso" es diferente de la "ocupación temporánea". La diferencia está dada porque ésta última tiene en todos los casos caracteres de derecho real; la requisición impone al propietario del inmueble la obligación de tenerlo a disposición del requisador. La requisición de uso crea en principio un derecho personal, para luego transformarse en real, en el momento de la toma del inmueble por el requisador.

Se diferencia de la "expropiación" y la "ocupación temporánea" porque estas últimas son medios jurídicos de aplicación particular, con las cuales se satisface una necesidad de utilidad particular; con las cuales se satisface una necesidad de utilidad pública determinada por una actuación individual y aislada.

En cambio, la requisición es, por principio, una mediada de aplicación general, que se concreta sobre bienes de cualquier persona, por razón de "trastornos económicos" (requisición civil), "estado de fuera" (requisición militar); etcétera.

En todos los casos da lugar a una justa indemnización, que puede ser pagada a posteriori de la requisición. La CN estatuye en el art. 17: "*Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilio de ninguna especie*".

Las requisiciones civiles no han sido sistematizadas en nuestro derecho, la legislación se encuentra dispersa en leyes de precios máximos, agio y especulación. Las requisiciones militares constituyen un complemento de los poderes de guerra.

3. Régimen legal

La requisición debe ser establecida por ley formal. La propiedad puede ser limitada por requisiciones siempre que la ley que lo imponga respete los principios de la Carta Magna que condena un modo de requisición cuando dispone que: "[...] *Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie* [...]".

Finalmente, cabe destacar que la competencia para legislar sobre las requisiciones militares y civiles es de la Nación.

CAPÍTULO XIV

PODER DE POLICÍA, EMERGENCIA Y FOMENTO

I. PODER DE POLICÍA

1. Definición

Es la facultad del Estado de reglamentar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos¹. Como tal presupone la relatividad de los derechos, es decir, que todos los derechos son pasibles de ser reglamentados², siempre que con ello persiga el bien común.

La utilización de esa facultad por parte del Estado encuentra justificación frente a la necesidad de armonizar los derechos de los ciudadanos y permitir la convivencia social, estableciendo las condiciones de su ejercicio³. Pues, el reconocimiento de libertades o derechos absolutos puede, en la mayoría de los casos, implicar o recortar en demasía las libertades de otros ciudadanos⁴. De allí, la vinculación del tema con el respeto a la igualdad.

Debemos diferenciar dicha acepción a la que se acude para referirse al poder de control, como cuando, por ejemplo, se señala que la Gendarmería Nacional posee el poder de policía en las rutas nacionales. Esa es la inteligencia que se le asigna a la expresión utilizada en el art. 75, inc. 30 de la CN cuando dispone que el Congreso

¹ Para analizar las diferentes nociones del poder de reglamentación de los derechos y sus implicancias puede verse: MASSIMINO, Leonardo, "Las nuevas visiones sobre el poder de policía", La Ley, Doctrina Judicial, Año XXVIII, N° 8, 22/02/2012".

² El carácter relativo de los derechos es bastante discutible en algunos ámbitos como el derecho a la vida, derecho a no ser torturado, etc.

³ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003 p. 67.

⁴ BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, 3ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 664.

Nacional detenta el poder de control en los establecimientos de utilidad nacional, tales como las universidades nacionales.

El poder de policía también debe ser diferenciado de la policía. El primero, como veremos luego, es una variante de la función legislativa mientras que la policía implica el ejercicio de actividad administrativa e implica la ejecución de las limitaciones de los derechos de los particulares efectuadas por el Poder Legislativo⁵.

2. Crítica

GORDILLO⁶ ha criticado con fuerza a la noción de poder de policía habida cuenta que considera que ello es erróneo desde el punto de vista semántico y que tiene implicancias ideológicas y políticas. Además, sostiene que dicha concepción pone el eje en parte del poder del Estado y no en los ciudadanos, dando la idea de un Estado no sometido a la ley como era el correspondiente al Antiguo Régimen⁷.

Coincidimos con la crítica en tanto se trata de un lenguaje inadecuado y que da la impronta de un Estado policial, lo que resulta inconcebible a esta altura de la evolución del Estado de Derecho. Entendemos que resulta más adecuado referir a la reglamentación de los derechos. Sin embargo, no podemos desconocer que dicha noción se encuentra muy arraigada en la cultura jurídica de nuestro país.

3. Fundamento constitucional

La Constitución Nacional faculta al Estado a reglamentar los derechos en el art. 14 cuando dispone que “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

Los Tratados de Derechos Humanos incorporados por vía del art. 75 inc. 22 también regulan el asunto. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 28 dispone que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Por su parte el art. 29 prescribe que “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar li-

bre y plenamente su personalidad” y que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 30 establece que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su art. 4º establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.” En art. 5º se prescribe que “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él” y que “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

4. Límites a su ejercicio

a) Inalterabilidad. El texto constitucional contempla de manera expresa la cuestión relativa a los límites en la reglamentación de los derechos y garantías. Pues, el art. 28 es claro cuando señala que el ejercicio del poder de policía no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la CN. Esto implica, en primer lugar, que mediante la reglamentación del derecho, principio o garantía que se trate (propiedad, igualdad, intimidad, libertad, etcétera) no puede variar o negar su esencia.

b) Legalidad. En segundo lugar, debemos indagarnos acerca de si la reglamentación de los derechos constitucionales debe hacerse por ley formal. Consideramos que el art. 14 es claro cuando se refiere a la necesidad de que exista una ley⁸, lo que es reforzado con lo que establecen los pactos internacionales de derechos humanos que hemos visto.

⁵ CANDA, Fabián O., “Régimen jurídico de la actividad de policía”, en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2005, p. 125.

⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 4ª ed., FDA, Buenos Aires, 2000, ps. V-1 y ss.)

⁷ Una interesante crítica a la postura de GORDILLO puede verse en CANDA, Fabián O., ob. cit., ps. 123 y ss.

⁸ BALBIN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 769.

Es importante remarcar que mediante la Opinión Consultiva 6/86 Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, cefida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Además, desde la óptica constitucional la necesidad de ley formal resulta indiscutible en algunos campos por la vigencia del principio de legalidad, tal como ocurre en materia penal (art. 18) y en materia tributaria (arts. 4° y 17), lo queda corroborado con la prohibición material contenida en el art. 99, inc. 3 CN.

Sin embargo, no podemos desconocer que, lamentablemente, esa no ha sido la práctica en la República Argentina en donde el denominado poder de policía se ha llevado adelante, sobre todo, desde la vuelta de la democracia en 1983 a través de decretos de necesidad y urgencia,⁹ pasando por alto la autoridad del Poder Legislativo.

c) Razonabilidad. Además, esta actividad estatal también debe cumplir con la garantía de adecuación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que hemos visto en el Capítulo I, al que remitimos en este aspecto en honor a la brevedad.

d) La reglamentación de los derechos no debe implicar desigualdades entre los ciudadanos pues en ese caso aparece como contrario a la Carta Magna. Tal circunstancia impone que la restricción tenga cierta generalidad.

e) Intimidad. Otro límite que puede mencionarse es el art. 19 en cuanto establece la autonomía de la voluntad de las personas. De ello se deriva que la regulación de los derechos no puede invadir la esfera íntima de las personas.

5. Clases

Se han desarrollado dos modalidades: una clásica y otra restringida. La primera es la que se utilizó durante el Siglo XIX hasta, aproximadamente, la crisis económica de 1930 y que recibe la denominación de clásica o europea por haber tenido origen en dicho continente. En base a ésta se entiende que los derechos de los particulares pueden ser limitados o reglamentados por razones de seguridad, salubridad y moralidad.

En esta línea puede citarse a modo de ejemplo el caso de "Plaza de Toros"¹⁰ en donde la Corte Suprema federal rechazó el planteo de inconstitucionalidad de una ley de la Provincia de Buenos Aires que vedaba el desarrollo de las corridas de toros en ese ámbito espacial. También, puede traerse a colación el caso de los "Saladeristas"¹¹ en

el que se atacaba la ley que había ordenado la clausura de sus establecimientos que se dedicaban a esa actividad por afectar la salud de los vecinos.

En el Siglo XX la influencia del mercantilismo, del liberalismo y la Primera Guerra Mundial determinó un cambio de paradigmas en diferentes frentes: el constitucionalismo social, la economía intervencionista (Keynes) y crecimiento de las funciones del Estado que va a asumir paulatinamente el papel de asegurador de las prestaciones que requieren los ciudadanos dando aparición al denominado Estado Social o de bienestar. A partir de ello, en esta etapa, para asegurar las prestaciones a favor del ciudadano el Estado debe intervenir en la economía y la regulación de los derechos (poder de policía) puede hacerse por motivos de bienestar general dando lugar a una visión amplia o estadounidense.

Esa tendencia tuvo marcada influencia en nuestro país cuando en 1922 la Corte Suprema resolvió la causa "Ercolano"¹², admitiendo que el Estado reglamente los derechos por razones de bienestar general. En el caso se cuestionaba una ley que había congelado por dos años los precios de los contratos de locación. Allí, se convalidó la decisión legislativa y se recordó que es el órgano legisferante quien se encuentra autorizado para reglamentar los derechos de los particulares.

Nuevamente, se abordó la cuestión en 1944 al resolver la causa "Inchauspe"¹³ contra la Junta Nacional de Carnes en donde se había establecido por ley una contribución sobre los importes de hacienda. Además, de un control de razonabilidad de los medios empleados por el Legislador se hizo referencia a la posibilidad de controlar la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Para seguir con el recorrido por la jurisprudencia de la Corte más relevante cabe repasar lo decidido *in re* "Cine Callao"¹⁴ (1960) en donde se cuestionaba la ley que estableció la obligación de los dueños cines de incluir en las salas números artísticos vivos. El cintero Tribunal, también usó un patrón de razonabilidad como medio de control y sostuvo la constitucionalidad de la normativa.

Es interesante recordar lo que señaló Sebastián Soler al expedirse como Procurador ante la Corte Suprema en esa causa, pues parece haber sido una premonición de lo que terminó ocurriendo en el país en las siguientes décadas: "*Cuando un determinado poder con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimita-*

⁹ PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Smith", o el final del 'sistema' jurídico de la emergencia", LL, 2002-B-969.

¹⁰ Fallos, 7:150 "Plaza de Toros" (1969).

¹¹ Fallos, 31:273, "Saladeristas".

¹² Fallos, 136:161 "Ercolano" (1923).

¹³ Fallos, 199:483 "Inchauspe" (1944).

¹⁴ Fallos, 247:121 "Cine Callao" (1960).

ciones y pasa a ser la condición normal del ejercicio del poder con lo cual el estado de derecho es suplantado por el estado de hecho”.

Esta tendencia se ha mantenido hasta la actualidad. Es decir, la Corte Suprema ha seguido convalidando el uso de esta noción amplia del poder de policía. Lo que si debemos poner de resalto que desde 1983 en adelante el objeto mediante el cual se instrumentó la reglamentación de los derechos dejó de ser la ley y pasó a ser realizada mediante los decretos de necesidad y urgencia y los delegados.

6. La competencia para el ejercicio

La reglamentación de los derechos es una facultad de carácter local (art. 123, CN), es decir que, como regla, su ejercicio le corresponde a las provincias o municipios, salvo en aquellas materias delegadas por las provincias a la Nación (art. 121, CN) cuya regulación está a cargo del Estado Federal (régimen bancario, monetario, aduanero, etcétera). Además, cabe recordar que es el Congreso Nacional quien dicta la legislación de fondo (Código civil, comercial, penal, etcétera) prevista en el art. 75, inc. 12 de la CN y los presupuestos mínimos en materia ambiental (art. 41, CN) que son complementados por las provincias o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivos ámbitos.

7. Delegación de poder de policía

Conforme lo señalado, el poder de reglamentar los derechos y garantías constitucionales es una atribución que le corresponde al Congreso Nacional, quien, dentro del esquema constitucional puede delegar por vía de los reglamentos previstos en el art. 76 de la CN y en cumplimiento de los recaudos allí establecidos, que ya han sido analizados en el Capítulo III. Ya hemos mencionado, que en las últimas décadas el poder de turno ha soslayado este cauce y ha reglamentado los derechos a través de los decretos de necesidad y urgencia.

II. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Introducción

Como vimos, en el ejercicio del poder de policía el Estado reglamenta los derechos y garantías de los ciudadanos y para el caso de que se verifique un incumplimiento establece sanciones. Así, por ejemplo, al reglamentar el derecho de propiedad un municipio decide que las edificaciones no podrán superar una determinada altura. Quien decida construir su inmueble por encima de ese límite está sujeto a un procedimiento en donde se le aplicará una sanción.

Ante esa circunstancia se plantean varios problemas que trataremos de resolver en este apartado. ¿Estamos en el campo del derecho administrativo o del derecho penal? ¿Qué principios deben aplicarse? ¿Cuáles son las garantías del administrado? Veamos.

2. Origen y evolución

En el Estado absolutista o policial el tema de las contravenciones o sanciones fue tratado como Derecho Penal hasta el siglo XVIII dado que se consideraba a la actividad administrativa como policía represiva. Sin embargo, no debe pensarse que se trataba del ejercicio de atribuciones administrativas —tal como las concebimos hoy— sino que, esa función de policía, resultaba comprendida por la investigación penal que por entonces era llevada adelante por autoridades policiales¹⁵; que tenían a su cargo las tareas de seguridad y la protección de interés general¹⁶.

Luego, el tránsito del Estado absolutista al Estado liberal en Europa, la Revolución Francesa y el esquema de división de poderes reinante por entonces provocó en muchos territorios el traspaso de las sanciones de policía que aplicaba la autoridad administrativa como autoridad criminal a la jurisdicción penal.

Aquí, se cristaliza el fenómeno de la “jurisdiccionalización” de este tipo de sanciones. Ese proceso se verificó en Italia, Alemania y Francia. Particularmente, en éste último país luego de la revolución que dejó atrás el Antiguo Régimen se eliminaron todas las potestades sancionatorias que detentaba la administración pública, manteniéndose en manos de ésta solamente algunas sanciones tributarias además del derecho disciplinario. En otros lugares, como Austria y Suiza, en cambio, el Poder Ejecutivo conservó las atribuciones sancionatorias tal como había acontecido antes de la Revolución Francesa de 1789, es decir, en manos de la autoridad pública de policía pero ya con sujeción a la ley.

Cabe destacar, que ya a comienzos del Siglo XX comenzó a entreverse una modificación en dicha concepción en la cual tuvo mucho que ver la obra publicada en 1902 por James Goldschmidt sobre Derecho Penal Administrativo. Según este autor, esa disciplina comprendía un área jurídica diferente al derecho criminal pero de propiedad de éste y en virtud de ello, entendía que existían diferencias ontológicas entre delitos y contravenciones.

Esa nueva visión de la cuestión por parte de la dogmática —como ocurre a menudo— terminó influyendo en la legislación vigente en la época. En Alemania, por

¹⁵ Cfr. LOZANO, Blanca, “Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: ‘Despenalización’ y garantía”, *Revista de Administración Pública española*, N° 121 (1990), p. 394.

¹⁶ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 653.

una parte, se dictaron por separado las leyes de derecho penal económico en 1949 y de contravenciones en 1952¹⁷. Asimismo, en los países hispanos en donde esa teoría fue difundida principalmente por su hijo Roberto Goldschmidt también se realizó una separación en el plano normativo, entre delitos y contravenciones¹⁸.

Con el avenimiento del Estado social y el mayor intervencionismo estatal que fue experimentándose desde la crisis económica de 1930 y que tuvo su auge luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial fue ampliando el campo de actuación del derecho público. Como corolario de esa tendencia, se trasladaron muchas competencias “punitivas” a manos del derecho administrativo dando lugar, de ese modo, al inicio del camino a la despenalización—casi total—del injusto administrativo en algunos ámbitos¹⁹.

Ello ocurrió—en gran medida—debido a que en los países como Alemania o Italia que—como vimos—habían “judicializado” la potestad sancionadora aumentaron de tal manera la legislación penal que regulaba las contravenciones—debido a la mayor injerencia pública—que implicó la saturación de la jurisdicción criminal²⁰.

Ese fue el comienzo, entonces, del proceso de despenalización de las faltas menores aunque en Alemania se mantuvieron en la esfera penal las cuestiones relativas al medio ambiente y la economía. En Francia, en cambio, no se verificó ese desarrollo sino se procuró su simplificación dándole tintes de sumariedad al proceso judicial penal en caso de contravenciones; siempre manteniendo la cuestión disciplinaria en manos de la administración. Los países europeos que habían conservado la potestad sancionadora en cabeza del órgano ejecutivo, por su parte, ampliaron cuantitativamente las competencias de las autoridades administrativas y dotaron al procedimiento de mayores garantías.

A ese proceso de “despenalización” que ha acontecido en los últimos años Alejandro Nieto remarca la tendencia actual a la “administrativación” de las contravenciones. Pues, señala el autor español, que hemos pasado de un derecho de carácter represivo a una esencia preventiva, de la exigencia de daño a la de riesgo y del requerimiento de culpabilidad al inobservancia de mandatos normativos²¹.

Debe tenerse presente, también, que en este fenómeno de huida de las faltas administrativas del derecho penal también ha hallado justificación frente a la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas en razón de la base subje-

tiva que requiere el derecho criminal para la persecución de las acciones criminales antijurídicas.

En ese nuevo escenario de la potestad sancionadora tuvo mucho que ver, también, la saturación de la justicia penal, la aparición de delitos complejos, reservando a los jueces penales solo el juzgamiento de aquellas conductas ilícitas más graves, conforme a un principio de intervención mínima²². De este modo, el derecho administrativo sancionador ha venido a sustituir al derecho penal en la punición de muchas conductas que resultan antijurídicas.

En nuestro país la postura de Goldschmidt fue seguida por Ricardo Núñez quien entendía que entre delito y contravención existía una distinción cualitativa.²³ Empero, la mayoría de la doctrina se ha pronunciado en contra de ello entendiendo que sólo se aprecian entre ambas figuras diferencias externas y formales. En tal sentido, se han pronunciado Aftalion²⁴, la propia Corte Suprema²⁵ y otros autores prestigiosos como SOLER²⁶ y ZAFFARONI²⁷, al incluir a la contravención dentro del derecho penal especial, por considerarla ajena a la naturaleza administrativa y conceptualizarla como un “pequeño” delito²⁸.

Como hemos puesto de resalto, el derrotero histórico ha determinado que las sanciones que se derivan de las contravenciones traducen el ejercicio de función administrativa y por ende, su estudio le corresponde al Derecho Administrativo.

Según nuestro modo de ver, en la actualidad, la potestad sancionadora carece de autonomía propia habida cuenta que constituye una función instrumental ligada a los bienes jurídicos que se pretende proteger. Ello implica que debe ser concebida como el desenvolvimiento de una actividad conexas a la competencia sustantiva asignada a la autoridad pública²⁹.

3. ¿Función jurisdiccional o administrativa?

En nuestro país cierta la doctrina y alguna jurisprudencia ha entendido que la potestad sancionatoria implica el ejercicio de actividad de carácter jurisdiccional por

¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., ob. cit., p. 654.

¹⁸ NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, t. I, 2ª reimpr., Lerner, Córdoba, 1987, p. 19.

¹⁹ AFTALION, Enrique, “El derecho penal administrativo como derecho penal especial”, L.L. 75:824. Dicho autor, se ha manifestado a favor de la unidad del derecho represivo y de la inexistencia de diferencias esenciales entre delitos y contravenciones; destacando la falta de rigor científico de las conclusiones atribuidas por James Goldschmidt, lo que lo llevó además a afirmar que el derecho penal administrativo resulta parte inseparable del derecho criminal.

²⁰ Fallos, 202:476, “All America Cables and Radio Inc.” (1945).

²¹ SOLER, Sebastián, *Tratado de derecho penal*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 248.

²² ZAFFARONI, Raúl E., *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1977, p. 76.

²³ NÚÑEZ, R., *Tratado de Derecho Penal*, t. I, ob. cit., p. 19.

²⁴ Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 460.

¹⁷ Cfr. BATTAGLIA, Alfredo, “Carácter penal de la sanción administrativa”, *ED*, 171:841, esp. p. 844.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Roberto, “La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos”, *LL*, 74:844.

¹⁹ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed. reformada, Tecnos, Madrid, 2008, p. 176.

²⁰ LOZANO, Blanca, ob. cit., p. 398.

²¹ NIETO, A., ob. cit., p. 180.

parte de la administración pública. Incluso, la Corte Nacional así lo ha entendido en algunos pronunciamientos³⁰ aunque cabe tener presente que esa tendencia no ha sido uniforme ya que en otras sentencias ha considerado que se trata de función administrativa³¹.

Desde nuestro enfoque, sostenemos que la herramienta que ha permitido justificar ese criterio interpretativo erróneo es de tipo histórica. Pues, como vimos, en Francia y en Alemania debido a la distinta concepción de la división de poderes reinante por entonces se encomendó el ejercicio de la potestad sancionadora a los tribunales judiciales con competencia penal y no a las autoridades administrativas como ocurrió en España, Suiza o Austria³².

En nuestra opinión, esa ha sido la razón por la cual los autores clásicos y la jurisprudencia hacen referencia—en algunas ocasiones— a una potestad jurisdiccional. Pues, se han estudiado a los autores franceses o alemanes y luego sean han transpolado esas soluciones jurídicas a nuestro país, a pesar de las diferencias sistémicas y de la expresa prohibición constitucional (art. 109, CN), tal como lo hemos analizado en el Capítulo I.

Cabe concluir, entonces, que cuando la administración pública una sanción no está ejerciendo función jurisdiccional sino administrativa.

4. Diferencias y similitudes entre contravenciones y delitos

Entre los aspectos comunes se ha destacado que las sanciones administrativas así como las penas poseen carácter represivo de conductas tipificadas como ilícitas³³, habida cuenta que ambas son el producto del desenvolvimiento del *ius puniendi* estatal y comparten la existencia de una formulación legal en cuanto son esencialmente un precepto seguido de pena pero difieren en cuanto a su protección³⁴. Así, la doctrina criminal entiende que desde el núcleo central del derecho penal y hasta la última infracción administrativa discurre siempre una línea continua de ilicitud material, que si bien se va atenuando a medida que nos acercamos a la segunda, nunca llega a desaparecer por completo.

³⁰ Fallos, 305:129, (1983) "Madala" la Corte consideró que la norma que impedía recurrir las decisiones del Director General de Asuntos Judiciales de la Policía Federal que imponían multas pecuniarias o de arrestos cuando superaban determinados montos o días de arresto, resultaba inconstitucional en tanto impedía la revisión de las facultades jurisdiccionales de la administración vedando la garantía de control judicial suficiente.

³¹ Fallos, 311:260, "Persoglia" (1988).

³² Cfr. NIETO, A., ob. cit. p. 53.

³³ SÁNCHEZ MORÓN, M., ob. cit., p. 652; MARIENHOFF, M., Tratado..., ob. cit., t. III-B, p. 410.

³⁴ Cfr. VILLADA, José Luis, *Derecho penal*, Virtudes, Salta, 2006, p. 27.

Desde el derecho administrativo, en cambio, se ha descartado de plano la autonomía del derecho penal administrativo³⁵, aunque se reconoce que la frontera entre el ilícito penal y el administrativo es permeable³⁶.

La Corte Suprema, por su parte, se ha pronunciado en el sentido de que la distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos³⁷.

En cuanto a las diferencias entre contravención y delito también se han señalado las siguientes:

a) Las sanciones penales tienen un fin eminentemente represivo, mientras que las administrativas representan un factor coercitivo para el cumplimiento de un ordenamiento administrativo³⁸;

b) La sanción administrativa es plasmada en un acto e impuesta por una autoridad pública sujeta a instrucciones políticas; decisión que *a posteriori* es revisada por el fuero contencioso administrativo. El delito, por su parte, se impone por un tribunal independiente e imparcial luego de un proceso judicial denominado criminal. El aspecto subjetivo (dolo o culpa) no gravita en las contravenciones como en el delito y por tal motivo, se dice que la contravención es objetiva y el delito subjetivo³⁹;

c) El delito viola un derecho subjetivo, un bien jurídicamente protegido. En cambio, la contravención vulnera una norma creada en razón de mayor utilidad social. En esta línea, Soler afirmaba que la contravención es un delito de mera creación política y no malo en sí⁴⁰.

d) En materia contravencional, en algunos casos, la responsabilidad por la pena del autor material de la infracción se transfiere a un tercero como ocurre en el ámbito fiscal en que una multa puede pasar en determinado caso a los herederos lo que no ocurre en el derecho criminal por encontrarse expresamente vedado por el Código Penal⁴¹.

³⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", *LL*, 143:939.

³⁶ GAMERO CASADO, E., ob. cit., p. 458.

³⁷ Fallos, 205:173, "Castellini" (1946).

³⁸ Cfr. SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, cit. en GARCÍA PULLES, Fernando, "Derecho administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público", *JA*, 2003-IV, 1258, esp. p. 1261. Esa postura, ha sido criticada por el último autor citado al destacar que en régimen jurídico toda norma que amenaza con una sanción tiene como prioridad y como justificación de su existencia un fin didáctico y de prevención que no es otro que lograr el cumplimiento del ordenamiento de modo tal que no debería admitirse la idea de normas meramente represivas.

³⁹ Aunque en materia fiscal la punibilidad contravencional queda excluida por error inexcusable lo cual hace dudar de esa nota distintiva (Cfr. NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado...*, t. I, ob. cit., p. 23).

⁴⁰ SOLER, S., t. I, ob. cit., p. 248.

⁴¹ VILLADA, J., ob. cit., p. 129.

A nuestro modo de ver, como ya lo ha notado Nieto⁴² y en postura coincidente García Pullés⁴³, el criterio para determinar si una conducta es delito o contravención depende exclusivamente de una opinión del legislador. Ese criterio es de carácter político y coyuntural dado que responde a circunstancias vigentes en un momento puntual. Por tal razón, una acción puede dejar de ser considerada delito y pasar a ser una contravención por imperio legal y viceversa.

5. Garantías y principios

El ámbito sancionador es uno de las esferas del derecho administrativo en donde se ve más nítida la falta de equilibrio entre prerrogativa pública y garantía individual, inclinándose siempre la balanza hacia la primera. Ese motivo es el que ha llevado tanto a administrativistas como a los penalistas a preocuparse acerca de las garantías que deben aplicarse al momento de imponer una sanción contravencional.

Sobre el tema se han planteado diversas posturas. Por lo general, desde el campo penal se sostiene que aplicación de los principios del derecho criminal debe hacerse sin cortapisas. Los administrativistas, por su parte, entienden que el uso de las garantías es más laxa. Desde otra perspectiva, también se ha indicado que empleo de garantías penales a las sanciones administrativas es directamente proporcional a la gravedad de la conducta⁴⁴.

Sobre el punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la causa "Baena, Ricardo y otros c/ Panamá" resuelta en el año 2001 que las garantías de los artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son exclusivamente imperativas para los procesos penales y, por el contrario, son plenamente aplicables a cualquier procedimiento, incluido así el procedimiento administrativo sancionador. Puntualmente, se ha destacado que su finalidad es permitir el ejercicio pleno del derecho de defensa de las personas "[...] ante cualquier tipo de actos del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal..."⁴⁵.

⁴² NIETO, A., ob. cit., *passim*.

⁴³ GARCÍA PULLES, Fernando, "Sanciones de Policía - La distinción entre los conceptos de delitos y faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la administración", en AA. VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2005, p. 754.

⁴⁴ CID MOLINE, José, "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *Revista de Administración Pública española*, N° 140 (1996), p. 142.

⁴⁵ Por su parte la Corte ha entendido que la garantía de la doble instancia no rige en los casos de sentencias que condenen o absuelvan con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas (Fallos, 325:2711, "Butyl S.A.", 2002).

Nuestra Corte, ha sostenido recientemente que en la causa "Losicer"⁴⁶ que las garantías previstas en el art. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica resultan aplicables a las sanciones administrativas. En dicho precedente la Corte consideró que "cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8º de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función— sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales".

En esta temática consideramos que se verifica una situación paradójica. Por un lado, la incansable y prolongada búsqueda de la identidad ontológica entre delitos y contravenciones ha tenido por objeto —entre otros— lograr una identificación entre ambas figuras que permita la aplicación de las garantías previstas para los delitos a las contravenciones. Empero, los tribunales y la doctrina entienden que esos principios no se aplican a rajatabla sino que debe hacerse de una manera laxa.

Según nuestro enfoque, la aplicación analógica de las garantías penales solo se justifica frente al vacío de regulación —normativa y constitucional— de los patrones que deben regir el procedimiento sancionatorio. Consideramos que es una deuda pendiente de la doctrina *ius administrativista* el establecimiento de principios propios que enmarquen el cauce de imposición de una sanción administrativa y que tengan en cuenta: a) La estructura del procedimiento sancionador; b) el diseño de la organización administrativa; c) la existencia de un control judicial posterior; d) el carácter no obligatorio del patrocinio letrado en sede administrativa, etcétera.

Entre los principios basales que debe tener cualquier procedimiento administrativo sancionador podemos enumerar los siguientes:

a) Legalidad: Esto implica, que tanto la conducta típica como la sanción tienen que estar preestablecidas normativamente. Sin embargo, la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema nacional que consagra la equiparación entre el régimen sancionatorio administrativo y penal nos lleva a señalar que debe aplicarse el texto constitucional que exige la existencia de ley formal (art. 18, CN).

b) Tipicidad: la conducta u omisión que se considera infracción debe estar descripta normativamente. Si bien el hecho no debe estar descripto con el detalle requerido para un delito tampoco debe admitirse fórmulas tan amplias como "la falta de decoro" o "mala conducta".

⁴⁶ Fallos, 335:1126 (2012).

c) *Non bis in idem*; Esto implica que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es importante destacar que la aplicación de sanciones administrativas accesorias debe interpretarse con criterio restrictivo a los fines de no violar este principio.

Lo mismo se ha apuntado desde la doctrina al sostener que se aplica "sin vacilaciones la regla *non bis in idem* a los supuestos de dos infracciones administrativas"⁴⁷.

Asu vez, en lo concerniente a esta cuestión SANTAMARÍA PASTOR indica lo siguiente, "El principio que examinamos supone, en primer lugar, la *exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal*; esta regla prohibitiva surge históricamente como reacción a la práctica criminal del Estado absoluto y, por su evidencia, no ha sido apenas objeto de refrendo en los textos legales"⁴⁸.

Pues, la aplicación de esa garantía "tiene por fin evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso de punición hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sensación ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente"⁴⁹.

d) Principio de inocencia⁵⁰; Quien es sometido a un procedimiento sancionador es inocente hasta que mediante un acto administrativo firme se demuestre lo contrario. Por tal motivo, la aplicación del carácter de la ejecutoriedad a los actos administrativo sancionatorios deviene inconstitucional al violar el principio de inocencia (art. 18, CN) habida cuenta que el administrado debe cumplir la sanción antes de que la condena adquiera firmeza.

e) *Reformatio in pejus*? Dentro del procedimiento administrativo sancionador la *reformatio in pejus* se verifica cuando el interesado, ante la impugnación de un acto administrativo, ve empeorada su condición jurídica como consecuencia de lo decidido por el órgano llamado a resolver un recurso administrativo⁵¹. En nuestra opinión, la administración pública, al decidir un recurso administrativo puede ir más allá de lo que constituye el objeto de impugnación, aun cuando se empeore la situación del recurrente, siempre que la prohibición no se encuentre consagrada

⁴⁷ NIETO, A. ob. cit., p. 512.

⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Centro de Estudio Ramón Areces. Colección Ceura, Madrid, 2000. p. 393.

⁴⁹ NIETO, A., ob. cit., p. 472.

⁵⁰ Art. 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁵¹ VILLARRUEL, María Susana, "Una aproximación a la *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo", *ED*, 115:752.

normativamente como ha ocurrido en España⁵², en Chile⁵³ y en algunos ordenamientos provinciales⁵⁴. De lo contrario, la administración conserva la competencia para controlar de manera amplia lo resuelto por el inferior⁵⁵.

f) Proporcionalidad. Remitimos a lo señalado en el Capítulo I.

g) Debido proceso. Remitimos a lo señalado en el Capítulo VI.

h) Garantía de plazo razonable. Generalmente, la normativa que regula los procedimientos sancionatorios establece plazos dentro de los cuales debe llevarse adelante (V.g. 90 días) Es decir, que una vez vencidos dichos términos fenece la posibilidad de aplicar la sanción, configurándose en el caso de aplicarla un supuesto de incompetencia en razón del tiempo. Sin embargo, debemos destacar que esa no ha sido la postura mayoritaria, habida cuenta que los tribunales consideran que se trata de plazos de carácter meramente ordenatorio. Afortunadamente, la Corte ha revertido ese criterio en la causa "Lociser" pues allí consideró que en virtud de la marcada demora que había tenido el sumario promovido por el BCRA se había violentado la garantía de plazo razonable, criterio que ha mantenido en fallos posteriores⁵⁶.

⁵² Así la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC) ha señalado en su art. 89 señala que: "1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifestarse en aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba. 2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede". Y en el art. 113 "1. La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimar las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión. 2. Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67. 3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oír previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial".

⁵³ En tal sentido, la L.B.P.A. de Chile en su art. 41 inc. 1 establece para aquellos procedimientos que se tramitan a solicitud del interesado, la necesidad que la resolución sea congruente con las peticiones formuladas por éste "sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente" Como puede advertirse, la norma es clara al señalar que la resolución, en ningún caso, puede agravar la situación inicial del recurrente.

⁵⁴ En este sentido, puede mencionarse el reglamento del Tribunal de Conducta Policial de la Provincia de Córdoba (Decreto 1753/03) en el art. 105 establece que "El Tribunal de Conducta Policial deberá expedirse confirmando, modificando o anulando o dejando sin efecto la sanción. En caso de modificación, ésta no podrá agravar los efectos de la sanción impugnada".

⁵⁵ Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, "Acerca de la *Non Reformatio in Pejus* en sede administrativa", La Ley, 2 de septiembre de 2005, ps. 1 y ss.

⁵⁶ CSJN, 31/11/2013, "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros el B.C.R.A. s/ resol. 178/93", causa B.853. XLIV.

6. Clases de sanciones

Los diversos ordenamientos jurídicos prevén distinto tipo de sanciones, entre las que podemos mencionar las siguientes:

- a) **Multa:** Es una sanción de tipo pecuniaria que se aplica frente al incumplimiento de una normativa (Por ejemplo, frente a una infracción de tránsito o ante un incumplimiento fiscal)
- b) **Arresto:** Consiste en la privación de la libertad. Por lo general, la normativa administrativa que la permite autoriza la misma por plazos breves. En tal sentido, el Código Faltas de la Pcia. de Córdoba establece un máximo de 60 días (art. 23). Para que tenga validez constitucional como tal debe justificarse a partir de la sanción cometida, habida de lo contrario viola el principio de la libertad y el principio de razonabilidad (proporcionalidad)
- c) **Inhabilitación.** Se trata de una pena accesoria y consiste en la prohibición de desarrollar algún tipo de actividad. La inhabilitación importa la suspensión o cancelación, según el caso, del título habilitante concedido para el ejercicio de la actividad en infracción.
- d) **Amonestación.** Se trata de una sanción leve que tiene por objeto aperebrir a quién ha incurrido en una infracción que si bien no es grave su reiteración puede generar una sanción de mayor entidad.
- e) **Clausura.** Implica la prohibición de la apertura del establecimiento, comercio, industria, etc., en donde se desarrolla la actividad, sea de manera provisoria o definitiva.
- f) **Retiro de la personería jurídica.** Frente a determinadas circunstancias se prevé la posibilidad de quitar la personería jurídica a quien comete la infracción.
- g) **Decomiso.** Por lo general es una sanción que se aplica de manera accesoria a otra e implica el retiro del material mediante el cual se cometió la infracción (alimentos en mal estado, discografía ilegal, etc.) Importa la pérdida del objeto empleados para la comisión del hecho.

7. El procedimiento sancionador ante los tribunales administrativos

A modo ilustrativo veamos cómo se desenvuelve el procedimiento de faltas en la Municipalidad de Córdoba regulado mediante la Ordenanza n° 12010.

Los Tribunales Administrativos Municipales de Faltas forman parte de la administración pública municipal y no del Poder Judicial. Son los encargados de sustanciar el procedimiento administrativo y resolver las causas en que se persigue el ejercicio de la potestad sancionatoria correspondiente al Poder de Policía Municipal. Tienen competencia para la cuestión relativa a la materia contravencional nacional, provincial o municipal, cuya aplicación está a cargo del municipio, con excepción de: a) Las infracciones relativas al régimen tributario; b) las transgresiones al régi-

men disciplinario interno de la Administración y c) las violaciones de naturaleza contractual.

El procedimiento sancionador puede iniciarse de oficio o a partir de una denuncia ante la administración pública. A su vez, si un funcionario o agente municipal afectado a las tareas de control y que se encuentre en el ejercicio de sus funciones detecta una infracción debe labrar el acta correspondiente consignando los siguientes datos: a) lugar, fecha y hora de la comisión del hecho u omisión; b) naturaleza y circunstancias de ellos y las características de los elementos empleados para cometerlas; c) nombre y domicilio del presunto infractor si hubiese sido posible determinarlo; d) nombre y domicilio de los testigos, si los hubiere; e) firma del agente con aclaración del nombre y número interno de chapa y cargo.

Una vez radicada la causa en el juzgado competente para entender en la misma, el juez de faltas citará y emplazará al presunto infractor para que comparezca y formule descargo por escrito, ofrezca las pruebas que hagan a su derecho.

En los casos en que corresponda la sanción de multa, el presunto infractor puede allanarse antes del vencimiento del término del emplazamiento para formular descargo y optar por el pago inmediato, abonando el sesenta por ciento del mínimo de la multa prevista, con más los gastos que se hubieren realizado para lograr su comparendo.

En caso de que se produzca el vencimiento del plazo para que comparezca sin que se produzca su presentación será declarado rebelde y el procedimiento seguirá adelante como si estuviera presente.

Si decide comparecer, podrá realizar su descargo y ofrecer la prueba pertinente. Una vez producida la misma se dictará resolución condenando o disponiendo el sobreseimiento. Al notificarse la Resolución deberá hacerse saber al interesado de los recursos que admite el procedimiento en contra de dicho acto, sus plazos, formalidades y efectos.

Contra las resoluciones de los Juzgados de Faltas pueden interponerse los recursos de revisión y apelación. Este último debe plantearse dentro de los cinco días y procede contra: a) las Resoluciones que impongan sanción de amonestación; multa; decomiso, inhabilitación, clausura demolición o cualquier otra que cause gravamen irreparable; b) toda denegatoria que verse sobre prescripción de la acción o de la sanción.

El recurso de revisión procederá contra las resoluciones firmes que apliquen sanciones y el afectado puede interponerlo en el plazo de tres días de notificada la resolución cuando: a) la resolución o sentencia tuviere contradicciones en su parte dispositiva; b) después de dictada la sentencia, se recobraren o aparecieren documentos decisivos que no pudieron presentarse como elementos probatorios por razones de fuerza mayor o por obra de terceros; c) la Resolución o sentencia fue dictada, basándose en documentos o circunstancias declarados falsos por sentencia

judicial firme anterior o posterior al acto; d) la sentencia hubiere sido dictada mediante cohecho, prevaricato, violencia física o moral, cualquier hecho o acto fraudulento o irregularidad grave comprobada; e) en los demás casos previstos en el Código de Trámite Administrativo Municipal.

Una vez concedido el recurso de apelación, el expediente debe ser remitido a la Cámara de Apelaciones, quien debe dictar resolución dentro de los treinta días a contar desde la recepción de la causa.

Con la decisión de la Cámara se tiene por producido el agotamiento de la vía administrativa pudiendo acudirse ante la Cámara en lo contencioso administrativo. Sin embargo, de manera opcional, contra las resoluciones de la Cámara que dispongan la aplicación de multas cuyo monto exceda la suma de Pesos Veinte Mil (\$ 20.000), clausuras de más de treinta (30) días, inhabilitaciones o demoliciones podrá interponerse dentro de los diez días recurso jerárquico ante el Departamento Ejecutivo Municipal, dentro de los tres días para su resolución.

III. LA EMERGENCIA

1. Introducción

Como se sabe, nuestro país posee una frondosa experiencia en materia de emergencia ya que llevamos un largo periodo de tiempo viviendo en ese estado de excepción, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de una emergencia permanente⁵⁷ o perpetua⁵⁸. Esa circunstancia, lógicamente, ha motivado que la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional sobre el tópico sea abundante.

El término emergencia ha sido utilizado en el derecho anglosajón para referirse a situaciones de carácter extraordinario mientras que, en otros países tales como en Alemania, se ha acudido con habitualidad a la voz "estado de excepción" para indicar la situación del funcionamiento anómalo del sistema jurídico.⁵⁹

La emergencia, naturalmente, implica la sustitución de un estado normal por uno anormal⁶⁰, pero siempre dentro del esquema institucional regido por la Ley Fundamental. Lo característico de la situación de necesidad es que impone una solución que de no tomarse por la autoridad producirá un riesgo o un daño para la comunidad toda.⁶¹

⁵⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., "La emergencia actual: entre el dolor, la rabia y la ironía", *LL*, 2002-B-968.

⁵⁸ GORDILLO, Agustín, "El Estado de Derecho en el Estado de Emergencia", *LL*, 12/10/2001.

⁵⁹ NEGRETTO, Gabriel L., *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 17, nota 1.

⁶⁰ CARRANZA TORRES, Luis R., "La caracterización constitucional de la emergencia", *ED*, 199:915.

⁶¹ SAGÜES, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", *LL*, 1990-D-1036.

No debemos pasar por alto que nuestra CN—en la versión originaria de 1853/60—no abordó el tema de la emergencia de manera específica. Solo se reguló en el art. 4º la posibilidad de acudir a empréstitos públicos frente a situaciones de urgencia de la Nación y en el art. 23, a su vez, se previó la posibilidad de la declaración de estado de sitio y la consiguiente la suspensión de las garantías individuales frente al supuesto de conmoción interior o ataque exterior.

Sin embargo, con la Reforma Constitucional de 1994 se regló la posibilidad de la delegación legislativa del Congreso en el Poder Ejecutivo en materia de emergencia pública y de administración (art. 76) bajo el cumplimiento de ciertos recaudos allí fijados—que hemos visto en el Capítulo III—y se hizo una recepción expresa de los estados de excepción por vía art. 75, inc. 22 C.N. al incorporarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27 1 y 2).

Desde la doctrina, HERNÁNDEZ⁶² ha mencionado las siguientes características de la emergencia: 1) Se trata de situaciones excepcionales previsibles o no que afectan el orden constitucional; 2) los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza; 3) para enfrentar esos hechos el derecho crea diversas instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones; 4) estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades de los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente un descaecimiento o restricciones de los derechos y garantías individuales y 4) debe existir un verdadero estado de necesidad.

HUTCHINSON⁶³, por su parte, ha destacado que los principios que rigen la emergencia son: a) Legalidad; 2) Excepcionalidad; 3) Temporalidad; 4) Actualidad; 5) Proporcionalidad y 6) No discriminación.

En cuanto a las consecuencias del poder de policía de emergencia es importante tener en cuenta que su ejercicio trae aparejada la posibilidad de reglamentar o restringir con mayor intensidad los derechos de los ciudadanos⁶⁴ a lo que podría hacerse durante época marcadas por la normalidad.

2. Jurisprudencia

Sin bien en la causa "Ercolano" la Corte ya había efectuado consideraciones acerca de la emergencia, en 1934 volvió al pronunciarse sobre el asunto al resolver la causa

⁶² HERNÁNDEZ, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México - Rubinzal Culzoni Editores, México, 2003, p. 7.

⁶³ HUTCHINSON, Tomás, "La emergencia y el Estado de Derecho" en *Revista de Derecho Público*, 2002-1, La emergencia económica, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 38.

⁶⁴ ZILIDE MIRANDA, Marta, "Policía de emergencia", en A.A.VV., *Servicio público, policía y fomento*, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 389.

“Avico”⁶⁵, originada en la ley que dispuso la prórroga por tres años del vencimiento de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria con una disminución de la tasa de interés.

A los efectos de la temática que venimos analizando, resulta relevante el contenido del dictamen del Procurador Rodríguez Larreta en cuanto establece los siguientes límites constitucionales de la emergencia tomados de la jurisprudencia estadounidense: a) Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; b) Que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; c) Que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias y d) Que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

En la disidencia a dicho pronunciamiento del juez Roberto Repetto se ve otra posición más estricta sobre las potestades regulatorias en épocas de emergencia. Dicho magistrado señala que los derechos establecidos en la Carta Magna no pueden suspenderse en ninguna de las emergencias de carácter económico o financiero en que el pueblo pueda encontrarse. Pues, la ley de emergencia que se dicte debe encuadrar en el marco constitucional ya que, de lo contrario, para dicho juez bastaría la calificación de emergencia a una ley para que todas las garantías constitucionales se convirtieran en letra muerta.

Ya más cerca en el tiempo la Corte volvió a pronunciarse sobre el asunto al dictar sentencia en “Peralta”⁶⁶, causa en la cual —recordamos— se discutía la constitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo por el cual se pagarían en títulos públicos los depósitos bancarios a plazo fijo que superaban cierto monto. En esa oportunidad se sostuvo la constitucionalidad de tal medida en tanto se entendió que, a través de su dictado, no se desconocía el derecho de propiedad sino que solo se lo limitaba temporalmente.

Sobre el tema de la emergencia se señaló que puede reconocerse la validez constitucional de una norma dictada en ese marco, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y 2) porque ha mediado una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.

Asimismo, se remarcó que si el Estado tiene poder para suspender temporalmente la aplicación de los contratos frente a supuesto de desastres debidos a causas fisi-

cas, como terremotos, etc., no puede darse por inexistente ese poder cuando una urgente necesidad pública que requiere el alivio es producida por causas de otra índole, como las económicas indicando que “El derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella”.

Además, reiteró que la atribución para restringir el ejercicio de los derechos patrimoniales tutelados por la Ley Fundamental le corresponde al Poder Legislativo y que debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional. También, recordó que frente a esas circunstancias excepcionales la reglamentación de los derechos puede ser más intensa que en períodos de normalidad.

De nuevo frente a una situación de emergencia en febrero de 2002 la Corte resolvió el caso “Smith”⁶⁷. En esa oportunidad se cuestionaba el Decreto 1570/01 por medio del cual se dispuso la indisponibilidad de los depósitos bancarios constituidos en dólares. A partir de ello, entendió que la normativa objeto de impugnación era irrazonable y desproporcionada ya que aniquilaba el derecho de propiedad de los ahorristas.

Este antecedente es interesante desde el punto de vista de la emergencia por el hecho de que la Corte controla la misma, es decir, verifica sin concurren los hechos invocados por el poder político para declarar la emergencia.

Al año siguiente el Alto Tribunal volvió a abordar el asunto al resolver la causa “San Luis”⁶⁸. Allí, la provincia actora cuestionaba el Decreto 214/02 por el cual se había dispuesto la pesificación de los depósitos bancarios en dólares. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esa medida y ordenó la devolución de los ahorros en la moneda de origen.

Luego, el Alto Tribunal volvió a pronunciarse en 2004 sobre el Decreto 214/02 en la causa “Bustos”⁶⁹ pero esta vez en sentido contrario al reclamo de los ahorristas pues entendió que la aludida norma era constitucional. Sobre la temática de la emergencia en dicho decisorio se indicó que “La legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos”.

⁶⁵ Fallos, 172:21, “Avico” (1934).

⁶⁶ Fallos, 313:1513 “Peralta” (1990).

⁶⁷ Fallos, 325:28 “Smith” (2002).

⁶⁸ Fallos, 326:417 “San Luis” (2003).

⁶⁹ Fallos, 327:4495, “Bustos” (2004).

Por último, es interesante destacar lo señalado *in re* "Consumidores Argentinos"⁷⁰ en el año 2010 en donde se apuntó que si la Corte, en ejercicio de la facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente "Ercolano" la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad — esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad —, con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de la circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el P.E.N. para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3, párrafo 2, de la CN)

3. Análisis constitucional de la declaración de la emergencia sanitaria

En lo que refiere a la declaración de la emergencia sanitaria por parte del Poder Ejecutivo Nacional debemos señalar que la plataforma normativa mediante la cual se implementó resulta, a todas luces, inconstitucional en virtud de la violación del principio de legalidad. Ello dado que no es posible la declaración o ampliación de la emergencia mediante un decreto de necesidad y urgencia como se lo hizo mediante el n° DNU 260/20. Ello conforme la plataforma normativa descripta en el capítulo III.

Cabe recordar que la declaración de emergencia constituye materia exclusiva del Congreso Nacional que debe instrumentarse mediante ley formal. Es que más allá de otros principios que gobiernan la emergencia esa materia se encuentra alcanzada por el principio de legalidad, como vimos. Pues, como se ha dicho desde importante doctrina, la regulación de esa cuestión le corresponde al Congreso⁷¹.

Tal conclusión no solo es una consecuencia del art. 14 de la Ley Fundamental que solo permite regular los derechos constitucionales mediante leyes sino que surge de manera incuestionable del art. 76 de la cuando se refiere a la necesidad de que exista una ley que declare la emergencia⁷². A ello, se suma lo previsto por la Opinión Consultiva 6/86 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto allí consideró que, como se dijo, la palabra leyes inserta en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

⁷⁰ Fallos, 333:633, "Consumidores Argentinos" (2010).

⁷¹ LINARES DE QUINTANA, Segundo, "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", LL 30, p. 907; HUTCHINSON, T., ob. cit., p. 38.

⁷² BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 769.

Así surge también de la jurisprudencia de la Corte Suprema dictada en el caso "Ercolano"⁷³, donde se apuntó que es el órgano legisferante quien se encuentra autorizado para reglamentar los derechos de los particulares en las épocas de emergencia.

Valga subrayar que la vigencia del principio de legalidad en materia de emergencia también es reconocida en el propio DNU 260/20. Pues, al ampliar la emergencia mediante una norma de rango legislativo reconoce, en alguna medida, la vigencia de ese principio. Es que, de lo contrario, podría haberlo realizado mediante un reglamento autónomo en los términos del art. 99 inciso 1° de la CN.

En virtud de lo expuesto, es evidente que no resulta constitucionalmente posible la ampliación de la emergencia previamente declarada por ley mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, lo implica que el DNU 260/20 es contrario a la Ley Fundamental.

Sobre el punto se ha dicho que "lo que no puede hacer el Presidente es ampliar una 'emergencia pública', pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la 'emergencia pública' y delegar dentro de determinadas bases y dentro de un plazo facultades al Poder Ejecutivo. El Presidente no podría 'auto-delegarse' funciones legislativas"⁷⁴.

IV. FOMENTO

1. Noción

El fomento es una forma de intervención estatal que, a diferencia del servicio público y el poder de policía, se concreta en un beneficio para los particulares. Ha sido definido como una acción destinada a proteger o promover las actividades de los particulares que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general⁷⁵.

La esencia de este instituto está dada porque el Estado busca estimular, ayudar o persuadir a sus propios ciudadanos o extranjeros para el desarrollo de una determinada actividad.

El sujeto activo del fomento es el Estado y el destinatario puede ser tanto una persona privada como pública. En tal sentido, por ejemplo, el art. 75, inc. 9 de la CN permite "Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios".

⁷³ Fallos, 136:161 (1923).

⁷⁴ YLARRI, Juan Santiago, "Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus", IJCMXV272.

⁷⁵ DROMI, José R., *Derecho administrativo*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 192.

2. Base constitucional

El Preámbulo de la CN insta a “promover el bienestar general”. En el art. 75, inc. 18 se establece como atribución del Congreso Nacional la de “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”. Luego, en el siguiente inciso también se menciona la facultad de “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

Por último, cabe mencionar lo que se dispone en inciso 23 de esa norma: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

3. Medios

Se lleva adelante a través de diferentes técnicas, tales como la subvención, exención de impuestos, promoción industrial, becas, baja tasa de interés, etc., para incentivar la realización de determinadas actividades⁷⁶.

A modo ilustrativo, recordamos que durante la presidencia de Arturo Frondizi se dictaron las leyes 14780 y 14781 por medio de la cual se persiguió la promoción de la industria y la inversión extranjera. Más recientemente, entre muchas otras medidas, puede mencionarse la Ley 26.457⁷⁷ orientada a la promoción de la fabricación local de motocicletas y motopartes a través de desgravaciones arancelarias y bonos fiscales y el Decreto 1602/2009⁷⁸ por medio del cual se estableció la Asignación Universal por Hijo para protección social.

⁷⁶ Subsidio es un apoyo económico periódico y que el beneficiario tiene un derecho subjetivo respecto de su percepción mientras que la subvención se otorga discrecionalmente y no otorgan derechos subjetivos. (BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 1044-1045).

⁷⁷ B.O. 16/12/2008.

⁷⁸ B.O. 30/10/2009.

4. Naturaleza de la relación jurídica

La dinámica de la relación de fomento tiene particularidades propias que la diferencian de la clásica vinculación entre el Estado y el administrado. Es que en este supuesto, en general, la administración se obliga a otorgar un beneficio o ventaja y el administrado debe cumplir con las exigencias previstas en el régimen de fomento. Ahora bien, ¿Cuál es la naturaleza de ese vínculo?

Sobre el punto, se ha expedido la Corte pero con soluciones dispares. En la causa “Metalmecánica”⁷⁹ consideró que había existido una relación bilateral no contractual mientras que *in re*: “Cía Azucarera Concepción S.A.”⁸⁰, sostuvo que no se trataba de una cuestión contractual sino que el vínculo era unilateral.

Los autores tampoco han demostrado uniformidad de criterios. Algunos han considerado que se trata de una relación contractual⁸¹ cuando el particular interviene con su voluntad en el desarrollo del vínculo más allá de solicitar el beneficio⁸² mientras que otros⁸³ señalan que se trata de un vínculo de naturaleza unilateral, pues se plasma en un acto administrativo necesitado de aceptación. En este sentido, consideramos que la respuesta a este interrogante depende mucho de las circunstancias del caso y de cómo se disponga la instrumentación de régimen de fomento.

⁷⁹ Fallos, 296:672. “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”

⁸⁰ Fallos 322:946, “Compañía Azucarera Concepción S.A. c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”.

⁸¹ MATA, Ismael, *El control de los subsidios*, en *Jornadas sobre Cuestiones de Control de la Administración Pública (Administrativo, legislativo y judicial)*, Universidad Austral, Buenos Aires, 13, 14 y 15 de mayo de 2009, RAP, 2010. p. 776. Cabe destacar que dicho autor hace referencia a la subvención.

⁸² BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 1052.

⁸³ DE LA RIVA, Ignacio M., “La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual”, en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2005, p. 418.

CAPÍTULO XV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto abordar la cuestión relativa a la responsabilidad extracontractual del Estado y del funcionario público. A tales efectos analizaremos, en primer término, la regulación de la cuestión en el plano constitucional, destacando los principios que la Carta Magna impone sobre la materia.

Posteriormente, trataremos el asunto desde la perspectiva supranacional analizando los diversos instrumentos existentes sobre el tópico y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, teniendo en cuenta que el origen y posterior desarrollo en nuestro país de la temática estudiada ha sido netamente jurisprudencial, destacaremos las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y definiremos las principales características que tiene hoy la responsabilidad del Estado.

Luego, analizaremos cada uno de los ámbitos especiales de responsabilidad (administrativa, legislativa, judicial, etc.) tomando en consideración el reciente dictado de la Ley de Responsabilidad Estatal n° 26.944¹ por medio de la cual se norma la cuestión en el ámbito federal.

Finalmente, haremos un breve referencia a las regulaciones locales de responsabilidad del Estado.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

1. Origen y posterior desarrollo

Como dijimos, la responsabilidad del Estado, desde antaño, ha sido una temática en la que han convergido tanto la doctrina del derecho público como la *iurisprivatista*,

¹ B.O., 08/08/2014.

dado que fue el Código Civil la base normativa de los supuestos en que se endilgaba responsabilidad a las personas públicas.

La doctrina privatista, por su parte, subsumió el análisis de la responsabilidad del Estado en la teoría general de la responsabilidad civil con fundamento en que las normas que integraban el Código de Vélez Sarsfield permitían resolver los conflictos que se suscitaban cuando el Estado resulta demandado. Los autores publicistas entendieron, en cambio, que los casos de responsabilidad estatal debían solucionarse mediante la aplicación de la normativa administrativa.

A su vez, de esa realidad, se ha derivado el tratamiento diverso de instituciones comunes exigiendo a los operadores jurídicos un esfuerzo adicional a la hora de valorar la casuística de la responsabilidad patrimonial estatal.

Desde el plano jurisprudencial la respuesta al interrogante del fundamento normativo ha dependido de si estamos frente a supuestos de responsabilidad lícita o ilícita del Estado. Es que la tendencia de la Corte de resolver las causas en que resultaba demandado el Estado con abstracción de las regulaciones del Código Civil, puede observarse con mayor nitidez en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita donde el Máximo Tribunal, ha sustentado sus decisiones en preceptos constitucionales, como los que regulan la igualdad de las cargas públicas (art. 4°), la expropiación (art. 17), o la igualdad (art. 16).²

Sin embargo, en los casos de daños provocados por la actividad irregular del Estado el Alto Tribunal no ha vacilado en la aplicación, muchas veces subsidiaria, de los preceptos del Código Civil.

Desde el plano doctrinario la discusión ha sido ardua en lo concerniente a este aspecto. Para algunos autores *ius administrativistas*³, resulta inaplicable dicho código para los supuestos de responsabilidad del Estado en el campo del derecho público y ello encuentra fundamento —según REIRIZ— en el hecho de que “aun cuando el sistema legal y jurisprudencial de responsabilidad del Estado [...] se funda— en alguna medida— en los principios del derecho civil, sería cometer un error capital asimilarlo a la teoría civil de la responsabilidad. Por la simple razón de que ambos sistemas normativos están destinados a regular distintas categorías de situaciones humanas”⁴.

² En este sentido pueden mencionarse las causas “Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano”, Fallos 245:146 (1959); “Corporación Inversora Los Pinos”, Fallos 293:617 (1975); “Cantón” Fallos 301:403 (1979); “Winkler”, Fallos 305:1045 (1983); “Vadell”, Fallos 306:2030 (1984); “Tejedurias Magallanes”, Fallos 312:1656 (1989); “Columbia”, Fallos 315:1026 (1992); “Sanchez Granel”, Fallos 306:1409 (1984); “Motor Once”, Fallos 312:649 (1989); “Juncalán forestal S.A.” Fallos 312:266 (1989); “El Jacarandá”, Fallos 328:2654 (2005), entre otros.

³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 763 y ss.

⁴ REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, ps. 25-26.

A pesar de ello, tanto desde el derecho privado⁵ como del público⁶ no han vacilado en sostener que la responsabilidad del Estado no difiere a la de los particulares circunstancia que determina la aplicación de los principios del Código velezano.

Lo que hemos analizado hasta aquí resulta dirimente para determinar quién tiene competencia para dictar normas que regulen la responsabilidad del Estado. Es que si sostenemos que se trata de una institución del derecho administrativo, al ser este local, le corresponderá legislar en este aspecto a cada uno de los Estados que componen nuestro sistema (nación, provincias y municipios). Si se trata de una cuestión relativa al derecho privado, en cambio, la regulación deberá quedar comprendida en el Código Civil y estará a cargo del Congreso Nacional, conforme lo establece el art. 75, inc. 12 de la CN.

2. El Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial

La redacción original del Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial incluyó en su articulado algunas disposiciones que regulaban la cuestión relativa a la responsabilidad del Estado. Esto generó mucha polémica por la constante discusión acerca de si la responsabilidad del Estado es una materia cuya regulación corresponde al derecho privado o público.

Bajo la premisa de que el asunto debe estar contemplado en el Código Civil la Comisión que redactó el Anteproyecto incluyó la materia en su articulado. Se dispuso que la responsabilidad del Estado es objetiva y que resulta procedente cuando se cause un daño en el ejercicio irregular de sus funciones sin que sea necesario identificar a su autor. A tales efectos estableció que se debe apreciar “la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.”⁷

También, se contempló la responsabilidad del Estado por actividad lícita en aquellos casos en que se sacrifiquen intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. En tales supuestos, según el Anteproyecto, solo resulta admisible la indemnización del lucro cesante, salvo que sea afectada la continuación de una actividad, en cuyo caso deben indemnizarse la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.⁸

Por último, el Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial se previó la responsabilidad del funcionario y del empleado público por los daños causados a los

⁵ PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas del derecho público provincial”, *LLC*, 2011 (diciembre) 1159.

⁶ CUADROS, Oscar A., *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, *passim*.

⁷ Art. 1764.

⁸ Art. 1766.

particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo; la que resulta concurrente con la del Estado.⁹

3. El Código Civil y Comercial

Dicho Anteproyecto fue remitido al Poder Ejecutivo Nacional donde recibió marcadas modificaciones con relación a esta temática.

En el art. 1764 se estableció que “Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, lo que implicó, en síntesis, que a diferencia de lo que viene marcando la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación frente a la existencia de un vacío legal o laguna en la normativa administrativa no puede acudir a las disposiciones del Código Civil y Comercial.

En consonancia con ello, en el art. 1765 se señaló que “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”, mientras que el artículo siguiente se dispuso que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

A partir de dicha prescripción, evidentemente, se toma partido en aquella disputa que describíamos anteriormente y se encuadra a la responsabilidad del Estado y del funcionario público como una disciplina ajena al derecho civil, y pertenecientes al derecho administrativo.

4. Ley de Responsabilidad Estatal

En consonancia con el Código Civil y Comercial y atento la exclusión de la responsabilidad del Estado allí dispuesta el Congreso Nacional reguló la materia en la órbita federal, generando un intenso debate no solo por esa cuestión sino por el contenido de la legislación aprobada.¹⁰

En particular, se dispuso expresamente que los preceptos del derecho privado no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa ni subsidiaria.¹¹ Sin embargo, es importante tener presente, que los fundamentos de la norma-

⁹ Art. 1765.

¹⁰ RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia - MARQUEZ, José F., “La supresión por el Poder Ejecutivo Nacional de la disciplina de la responsabilidad del Estado y del funcionario en el marco del derecho privado: ¿constituye una opción ajustada a derecho?”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012-3, p. 473.

¹¹ Art. 1º.

tiva se reconoce que frente al silencio de la regulación administrativista “se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo”.

5. La responsabilidad del Estado corresponde al derecho común

Desde nuestra perspectiva la responsabilidad del Estado no es una materia exclusiva del derecho público sino que debe ser regulada por el derecho común¹².

Debemos señalar que el derecho común no es el derecho privado. Pues, como lo han destacado, DROMI y MERTEHIKIAN que “Es antijurídica la reducción del derecho común al derecho privado”¹³.

El derecho común comprende la regulación de aquellas cuestiones que son generales para todas las disciplinas jurídicas y que trascienden al derecho privado: modo de interpretar el derecho, personas, bienes, el efecto de las leyes, etc.¹⁴ En nuestro país no puede desconocerse que tradicionalmente se incluyó al derecho común en el Código Civil.

De hecho, uno de los aspectos que Freitas criticó del método seguido por Vélez Sarsfield al elaborar el Código Civil fue la inclusión de en un mismo cuerpo legislativo las cuestiones relativas a definiciones y principios generales que debían ser propios de un Código general y las leyes que mandan al pueblo que debían ser recopiladas en el Código Civil¹⁵. Similar discrepancia planteó Juan Bautista Alberdi al valorar la obra del autor de dicho cuerpo normativo.

Esta opción del Codificador tiene también su justificación histórica en tanto en aquella época se buscó homogeneizar las reglas jurídicas frente a una sociedad totalmente heterogénea, tanto desde lo social como desde el origen, debido a las grandes oleadas inmigratorias.

Por ello, ha dicho la Corte Suprema que el Código Civil “tuvo por finalidad el logro de un sistema homogéneo de leyes que, sin desmerecer el poder de los estados provinciales, generara los fuertes lazos de unidad que resultan necesarios para que exista una misma identidad”¹⁶.

¹² MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos”, en AA. VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegetico*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, (Horacio Rosatti, director), p. 191.

¹³ DROMI, Roberto - MERTEHIKIAN, Eduardo, *Reflexiones de derecho público al Proyecto de Código Civil y Comercial*, Hispania Libros, RAP (coedición), Buenos Aires, Madrid, México, Ciudad Argentina, 2012, p. 27.

¹⁴ Esto es reconocido por la Corte Suprema cuando dice que “la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos, 312:957).

¹⁵ CUADROS, Oscar A., *Administración y constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 7.

¹⁶ Fallos, 322:1704, “Las Mañanitas S.A. c/Neuquén, Provincia de s/acción declarativa de certeza” (2009).

Esta tradición, ha sido reiterada en el Código Civil y Comercial al incluir numerosos preceptos de derecho público y regular la responsabilidad del Estado y del funcionario público. Sin embargo, como vimos, la versión final de dicho cuerpo normativo excluyó definitivamente la materia y dejó librada la cuestión a la órbita local.

6. La distinción entre derecho público y privado desde la perspectiva de los derechos fundamentales

Como hemos visto, existe una paulatina desaparición de la distinción entre el derecho público y privado, imponiéndose una visión unitaria del derecho. Las dificultades para encontrar los límites viene impuesta, asimismo, por la impronta de los derechos fundamentales que ponen como centro de escena a la persona humana y su dignidad, provocando la revaloración de los principios generales del derecho y la fuerza normativa de la constitución.¹⁷

En virtud de ello, se dirá con gran precisión que el derecho público y privado son ordenamientos jurídicos que presentan una relación de marcada "complementariedad"¹⁸.

Apartir de este encendido debate, cabe destacar la reflexión de SCHMIDT-ASSMANN, quien señala en relación a la fuente normativa reguladora de la conducta estatal, que el "legislador tiene a su entera disposición todos los órdenes jurídicos; puede optar, en especial, por el Derecho privado y sus técnicas de compensación y resolución de conflictos. La perspectiva tuitiva enriquece el Derecho administrativo al ponerlo en conexión con el debate general sobre la dirección pública de las conductas y sobre la existencia de otros medios de dirección aparte de las decisiones imperativas. Derecho administrativo y Derecho privado devienen, en este sentido, ordenamientos 'mutuamente absorbentes'¹⁹.

En definitiva, podemos concluir que, en la actualidad, el derecho público y el privado no son más que herramientas que deben ser instrumentales para garantizar la dignidad de la persona y la protección de sus derechos fundamentales.

7. La aplicación del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado

Más allá de las opiniones vigentes en uno y otro sentido, resulta necesario discernir qué ocurre en la *praxis* cuando en un caso se atribuye responsabilidad al Estado y di-

cha contienda no encuentra cobertura normativa en las normas de derecho público. Esta última circunstancia, ¿nos obliga a acudir a las normas del derecho civil?

Sobre tal aspecto, se ha pronunciado BIELSA al manifestar su desacuerdo con la aplicación analógica del Código Civil al ámbito del derecho público²⁰. CASSAGNE, en cambio, ha admitido la utilización de dicho recurso interpretativo en materia de responsabilidad estatal²¹. Es de resaltar la opinión de PERRINO quien advierte que la aplicación del derecho privado al ámbito de la responsabilidad del Estado es de manera subsidiaria y no analógica, pues cabe acudir a las disposiciones del sistema civil cuando la cuestión no está regulada por el régimen administrativo²².

Por último, GORDILLO considera que la aplicación subsidiaria del derecho civil al ámbito *ius*administrativista "no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se la integra con los principios y normas de derecho administrativo, conformándose y remodelándose a consecuencia de éste"²³.

Según nuestra opinión, el Código Civil y Comercial deviene aplicable a los supuestos de responsabilidad del Estado habida cuenta que allí se encuentran previstas, en el sistema jurídico argentino, las normas del derecho común. Así, por ejemplo, para determinar cuándo se interrumpe o suspende el plazo de prescripción debe acudirse a dicho cuerpo normativo.

III. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

1. Introducción

La Constitución Nacional contiene disposiciones que resultan aplicables a la responsabilidad del Estado.

Por un lado, el art. 15 cuando luego de prohibir y disponer la libertad de los esclavos que existían al sancionarse la Carta Magna, señala que "una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración".

Además, resulta aplicable el art. 17 cuando autoriza la expropiación por causas de utilidad pública siempre que exista una indemnización previa.

¹⁷ PEREZ HUALDE, Alejandro, "Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo", en AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, RAP, Buenos Aires, 2014, p. 465.

¹⁸ BARNES VAZQUEZ, Javier, "Transformaciones (científicas) del derecho administrativo", en AA.VV., *XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, 2014, N° 430, p. 234.

¹⁹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 74.

²⁰ BIELSA, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1963, ps. 274 y ss.

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *ED*, 99-937.

²² PERRINO, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2001, p. 73.

²³ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 5ª ed. reimpr., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VIII-3.

2. Principios²⁴

No obstante, la carencia de preceptos constitucionales expresos, no podemos soslayar la trascendencia que reviste en la materia el contenido de los principios contemplados en nuestra Ley Fundamental, ya que constituyen una guía de interpretación en lo que se refiere a la reparación de los daños causados por la actividad estatal.

a) Principio de reserva

El mismo se encuentra reconocido en el art. 19 de la CN al consagrarse que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe."

Desde una primera lectura puede advertirse que esta directiva constitucional se vincula fundamentalmente con una limitación a la libertad de actuación en tanto se vulnera alguno de los tres parámetros allí consagrados: el orden, la moral pública y el perjuicio a terceros.

En sentido inverso, la mentada cláusula, establece una pauta de carácter general para nuestro sistema jurídico que impide al Estado invadir el ámbito personal e íntimo de los ciudadanos, en tanto y en cuanto no se afecten las referidas pautas.

Con relación a dicha directiva constitucional, enseña GELLI que el artículo en cuestión se compone de dos principios: el de intimidad y el de legalidad. El primero, implica el reconocimiento de un vallado protectorio de la esfera privada de los individuos, salvo la afectación del orden, la moral pública y los derechos de terceros. El principio de legalidad, en segundo lugar, está orientado a garantizar la libertad individual, en tanto y en cuanto sólo es posible invadir aquella esfera de autonomía individual, mediante la prohibición o prescripción consagrada en la ley.²⁵

Como puede advertirse, ambos principios, se complementan mutuamente puesto que la vulneración del orden, la moral pública y la afectación de terceros, si bien habilita al Estado a interferir en el ámbito privado de los ciudadanos, aquel juicio valorativo de lo antijurídico no puede ser arbitrario sino que deberá hallar su fundamento en la legislación.

²⁴ Para ampliar puede verse: RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia - BUTELER, Alfonso, "Las bases constitucionales de la responsabilidad del Estado y el CCCN", en AA. VV. - MANILL, Pablo L., (coord.), *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho público*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 163 a 183.

²⁵ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 184.

Ahora bien, no cabe duda que dicho límite conlleva el interrogante acerca de cómo debe ser dimensionado. La directiva consagrada, repetimos, establece un vallado contra el poder público a los fines de determinar la juridicidad de la conducta de los individuos, reconociendo en la ley la fuente sobre la que debe erigirse el sistema de prohibiciones y permisos. Dado que esta disposición es basamento tanto para el derecho penal como para el derecho civil, debemos determinar su alcance en función del campo de aplicación. En este sentido, estimamos que la proyección de este parámetro general protectorio de la libertad individual, debe modularse conforme las pautas y principios propios de que cada sistema en particular.

Vale recalcar que el Constituyente de 1853/60 expresamente tomó posición sobre este punto, señalando categóricamente que las acciones privadas de los hombres no deben de "ningún modo" ofender al orden y a la moral pública, ni perjudicar a terceros, con lo que el campo de análisis para el poder estatal es amplio, brindando laxitud a los jueces para estimar, conforme principios propios de cada rama del derecho, la lesión a aquel entramado que posibilita la intromisión del Estado en la valoración de las conductas privadas.

Sin dudas que la disposición aludida encierra una gran riqueza que impide ser desconocida o ignorada en materia de responsabilidad del Estado. Por el contrario, la fuerza que irradia el art. 19 de la CN no se agota allí sino que se proyecta hacia los ámbitos de la prevención y reparación del daño.

b) Principio *alterum non laedere*

El principio de no dañar a otro elaborado por el derecho romano, importa en nuestros tiempos una máxima de inagotable riqueza que impregna el sistema jurídico integralmente considerado, de suerte que como lo apunta la doctrina, el "principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad"²⁶ y debe ser interpretada en sentido que "todo daño causado a otro se presume antijurídico salvo la existencia de una causa de justificación"²⁷.

Mediante la elaboración pretoriana, la Corte Suprema en el caso "Gunther"²⁸ reconoció el carácter constitucional del derecho a la reparación del daño con base en el art. 19 de la CN, subrayando que se trata, sin duda alguna, de un principio general, "entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el dere-

²⁶ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 1.

²⁷ PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 467.

²⁸ Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV-653.

cho privado, sino que se expresa un principio general de cualquier disciplina jurídica"; criterio que sostuvo en numerosos precedentes posteriores de manera reciente.²⁹

De esta manera, el principio de no dañar a otro, alcanza una dimensión de suma amplitud, ya que de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales de nuestro Máximo Tribunal, se proyecta sobre todo el sistema jurídico en sus diversas disciplinas, sin agotar su aplicación o ponderación como herramienta integradora en materia de responsabilidad del Estado.

c) La reparación integral

Como adelantamos, el principio general *alterum non laedere*, no agota su riqueza en la determinación de un sistema de antijuridicidad material, sino que su fuerza expansiva opera como fundamento a los fines del reconocimiento de la necesidad de reparar el daño, a los fines de restablecer el equilibrio alterado mediante el perjuicio.

La consagración jurisprudencial de la Corte Suprema del derecho a la reparación integral, fundado en normas constitucionales, representa sin dudas uno de los pasos más importantes en la protección de la víctima, coherente con la visión moderna de la responsabilidad civil, cuyo eje no puede girar en torno al dañador, sino que debe tomar como epicentro del sistema al damnificado.³⁰

En este sentido, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido en la causa "Aquino"³¹ que el art. 19 CN establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación. A ello agrega que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 CCiv. sólo consagra el [citado] principio general, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica".

Luego en la causa "Rodríguez Pereyra"³² en donde se discutía si debía aplicarse el sistema de limitación de responsabilidad establecida en una ley especial en un caso de responsabilidad del Estado señaló que "la adecuada protección del derecho a la

vida y a la integridad psico-física de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg Fallos: 326:2329); ni tampoco si el Resarcimiento—derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible".

Portal motivo, el Alto Tribunal concluyó que en el caso la aplicación del sistema indemnizatorio reducido conducía a un resultado Incompatible con los principios y derechos a los que se ha hecho referencia.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué debe entenderse por reparación plena o integral?, ¿Cuáles son sus proyecciones?, ¿Es posible sostener limitaciones a este derecho constitucional?

Como se advierte en el pensamiento de la doctrina, reconocer el derecho constitucional a la reparación plena no importa el reconocimiento de un derecho absoluto. En primer lugar, porque dicho derecho no implica afirmar radicalmente que todo el daño deba ser reparado, sino sólo aquel que guarde un adecuado vínculo de causalidad. De allí que se "advierte la estrecha vinculación que existe entre el principio de la reparación plena o integral del daño y el régimen predeterminado de consecuencias que consagra nuestro Código Civil".³³

La problemática de la reparación plena se proyecta hacia otros ámbitos en los que el alcance del derecho de daños en cuanto a la regulación de la materia, es compartida por el derecho público: la responsabilidad lícita del Estado.

Lo cierto es que se trata de una temática sensible para el derecho, en la que convergen opiniones encontradas acerca de la regulación y aplicación de este instituto por los principios y normas de derecho público o privado, lo que conlleva como consecuencia la limitación de la reparación al daño material, negándose como veremos luego, el resarcimiento por el lucro cesante y el daño moral.³⁴ Volvemos luego sobre este punto.

²⁹ Fallos, 333:1361 "Ascuá, Luis Ricardo c/SOMOSA s/Cobro de pesos" (2010); 331:1488, "Bernald, Darío c/Bertoncini Construcciones S.A." (2008); 331:570, "Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L." (2008); 330:2548, "Ramírez, Juan Carlos c/E.B.Y. s/daños y perjuicios" (2008); 329:473, "Díaz, Timoteo Filiberto c/Vaspia S.A." (2006) 308:1160 "Santa Coloma" (1986) Fallos, 308:1109. "Luján".

³⁰ PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 150.

³¹ Fallos, 327:3753, "Aquino" (2004).

³² CSJN, 27/11/12, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios", R. 401. XLIII. REX.

³³ PIZARRO, R. - VALLESPINOS, C., *Instituciones de derecho privado*, ob. cit., t. 3, p. 182.

³⁴ BIANCHI a propósito del caso "Sánchez Granel" afirma "el contratista tiene al momento de celebrar el convenio... una expectativa de lucro. Dicha expectativa integra su derecho de propiedad y debe ser acordada necesariamente" para luego agregar que "la expropiación es un instituto de rango constitucional cuya determinación y perfeccionamiento exige la necesidad de la intervención de los tres podes-

IV. LA CUESTIÓN EN EL PLANO SUPRANACIONAL

1. Los Tratados de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".³⁵

A su vez, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación."³⁶

Como puede apreciarse, ambos preceptos se refieren a la responsabilidad del Estado por la actividad judicial y, especialmente, por las detenciones arbitrarias.

2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷

a) Caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá"³⁸

Los hechos del presente caso se refieren al despido de doscientos setenta empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El despido se produjo en base a una ley luego de que el Gobierno acusara a estas personas de haber Participado en manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de una asonada militar. Se interpusieron una serie de recursos administrativos. Sin embargo, no se tuvo ningún resultado positivo.

Lo relevante del caso con relación al tema reside en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la CIDH la aplicación del citado art. 10 de la CADH que, como vimos, da sustento a la responsabilidad del Estado por error judicial. Sin embargo, la Corte al acoger el pedido de pago de una indemnización no lo

res del Estado [...] lo que garantiza al expropiado la máxima seguridad en cuanto a la tutela de sus derechos" (BIANCHI, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado", *ED*, 111:550).

Por su parte, MOSSET ITURRASPE, ha puesto de resalto su desacuerdo al recorte indemnizatorio, al expresar que no cabe "distinguir entre actos lícitos e ilícitos y disponer para cualquier hipótesis que 'el resarcimiento debe ser integral, comprendiendo el daño material y moral'" para añadir que "no se observa con claridad la razón para excluir el daño extrapatrimonial, como no sea la preocupación 'por las arcas del Estado'" (MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en *Revista de Daños*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 10, nota n° 9).

³⁵ Art. 10.

³⁶ Art. 9°, inc. 5.

³⁷ En adelante CIDH.

³⁸ Caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá." Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie CN° 72.

sustentó en tal cláusula sino en base a lo estipulado en el art. 63 de dicho instrumento internacional.

b) Caso "Furlan y familiares vs. Argentina"³⁹

Se trata de un precedente vinculado a la responsabilidad del Estado en cual se reclamó la violación de la CADH por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad.

La CIDH consideró que el Estado de Argentina debía ser considerado internacionalmente responsable por la violación en perjuicio de los demandantes, por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños; vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, y el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal, entre otras cuestiones. En particular, la Corte consideró que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue completa ni integral, por cuanto se encontró probado que Sebastián Furlan debía percibir una suma y realmente cobró una cuarta parte, debido al pago mediante títulos públicos que tenían una cotización marcadamente inferior en el mercado.

Por tanto, el Tribunal concluyó que la ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización a Sebastián Furlan no fue efectiva y generó la desprotección judicial del mismo, por cuanto no cumplió la finalidad de proteger y resarcir los derechos que habían sido vulnerados y que fueron reconocidos mediante la sentencia judicial.

3. Régimen indemnizatorio de la CIDH por violación a los derechos humanos

a) Marco normativo

Es importante tener en cuenta que el inciso 1 del art. 63 de la CADH dispone que "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

³⁹ Caso "Furlan y familiares vs. Argentina". Sentencia del 31 de agosto de 2012.

Sobre esa base, la CIDH ha ido delineando diversos criterios de reparación por la violación de los derechos humanos y ha establecido ciertos patrones conceptuales vinculados a los rubros indemnizatorios.

b) Principio de reparación integral

Según la jurisprudencia de la CIDH toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁴⁰; regla que se erige en una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado⁴¹.

A tales efectos, la CIDH sostiene que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que impone al Estado el deber de restablecer la situación anterior a la lesión.

En caso en que ello no sea factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, dicho tribunal debe determinar, de acuerdo a las circunstancias del caso, medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones han producido. Por tanto, el mentado tribunal ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados⁴², tal como veremos luego con mayor detalle.

⁴⁰ Caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras". Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie CN° 7; Caso "Suárez Peralta vs. Ecuador". Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie CN° 261; Caso "Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie CN° 166; Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie CN° 112; Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie CN° 111; Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie CN° 110.

⁴¹ Caso "Garrido y Baigorria vs. Argentina". Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie CN° 39; Caso "Suárez Peralta vs. Ecuador", cit.; Caso "Tribunal Constitucional vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie CN° 71; Caso "Suárez Rosero. Reparaciones. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie CN° 44.

⁴² Caso "Bulacio vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie CN° 100; Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie CN° 114; Caso "Instituto de Reeducación del Menor", cit.; Caso "Ricardo Canese", cit..

c) Elementos de la reparación

La CIDH también ha delineado ciertos parámetros sobre los elementos clásicos de la reparación. Así, además de la existencia de la antijuridicidad de la conducta, esto es la violación de un derecho humano, exige la concurrencia de relación de causalidad entre la conducta y del daño.

Con relación a lo primero, ha señalado que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los perjuicios acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos.⁴³ En lo vinculado al daño ha dicho que corresponde a las partes precisar su prueba, así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan⁴⁴.

d) La cuantificación del daño

La CIDH a los fines de establecer los montos de cuantificación del daño acude generalmente al criterio de la equidad. Sin embargo, siempre ha dejado en claro que la utilización de este patrón no significa que pueda actuar arbitrariamente⁴⁵ o discrecionalmente⁴⁶ al fijar los montos indemnizatorios.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana demuestra que ha utilizado dicho baremo para la cuantificación de los siguientes rubros: a) daños inmateriales⁴⁷; b) daños materiales⁴⁸ c) lucro cesante⁴⁹ y d) daño moral⁵⁰.

⁴³ Caso "Velásquez Rodríguez", cit.; Caso "Mendoza y otros vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie CN° 260; Caso "De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie CN° 211. Caso "Suárez Peralta vs. Ecuador", cit.; Caso "Ticona Estrada y otros vs. Bolivia". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie CN° 191; Caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", cit.

⁴⁴ Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie CN° 239; Caso "Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie CN° 257.

⁴⁵ Caso "Aloeboetoe y otros vs. Surinam". Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie CN° 15; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie CN° 245.

⁴⁶ Caso "Aloeboetoe y otros vs. Surinam", cit.; Caso "Artavia Murillo y otros", cit.

⁴⁷ Caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", cit.; Caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", cit.; Caso "Artavia Murillo y otros", cit.

⁴⁸ Caso "Neira Alegria y otros vs. Perú". Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 1996; Caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", cit.; Caso "Artavia Murillo y otros", cit.

⁴⁹ Caso "Neira Alegria y otros vs. Perú", cit.; Caso "Anzualdo Castro vs. Perú". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie CN° 202.

⁵⁰ Caso "Blake vs. Guatemala". Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie CN° 48; Caso "Castillo Páez vs. Perú". Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie CN° 43; y Caso "El Amparo vs. Venezuela". Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie CN° 28.

e) Clases de daño

En su jurisprudencia la CIDH se vale constantemente de la distinción entre daño material e inmaterial.

Además de haber reconocido en numerosos precedentes la procedencia de la reparación del daño material⁵¹, ha destacado que el mismo supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”⁵².

También, ha estimado que el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o de su familia⁵³.

Valga destacar, que ha condenado a la reparación de dicho perjuicio en numerosas sentencias⁵⁴.

f) Medidas de reparación

Como vimos, la CIDH además de las compensaciones de tipo pecuniario para garantizar el principio de reparación integral adiciona a la condena patrimonial diversas medidas de reparación, imponiendo medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.

A su vez, en sus sentencias, siempre deja sentado que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación⁵⁵. A su vez, ha impuesto el cumplimiento de otras medidas tales como:

- a) Atención médica y psicológica⁵⁶;
- b) Adoptar las medidas necesarias para resolver el caso civil y levantar la inhibición general de bienes mejorar y adecuar la legislación⁵⁷;

c) Implementar una campaña sobre los derechos del paciente y formación y capacitación de los operadores de justicia⁵⁸;

d) Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional⁵⁹;

e) conformar un grupo interdisciplinario para determinar medidas de protección y asistencia que serían más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral del demandante⁶⁰ y

f) La publicación y difusión de la Sentencia⁶¹.

V. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Origen y posterior evolución

El periodo previo a la decisión adoptada por la Corte Suprema en la causa “Tomás Devoto”⁶² puede ser caracterizado como una época marcada por la irresponsabilidad del Estado por su actividad ilícita, al menos en el ámbito extracontractual.

Cabe recordar, que en el mentado *leading case* se condenó al Estado Nacional a indemnizar los daños causados por el incendio provocado por operadores del telégrafo nacional al campo que locaba el actor ubicado en la Provincia de Entre Ríos. En ese decisorio, se fundamentó la responsabilidad del Estado demandado en lo previsto por entonces en los arts. 1109 y 1113 del CC⁶³.

Luego, en 1938 en virtud de la existencia de una falta de servicio se condenó en la causa “Ferrocarril Oeste”⁶⁴ a la Provincia de Buenos Aires a indemnizar los perjuicios causados a la actora quien en virtud de la irregular prestación del servicio de expedición de los certificados registrales al haberse emitido un informe erróneo, adquirió un terreno a quien había dejado de ser su titular. En esa oportunidad, la base normativa de la responsabilidad se asentó en lo previsto por los arts. 1112 y 1113 del CC.

Así nace, entonces, dentro de la responsabilidad del Estado, el factor de atribución falta de servicio que se configura por “el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, ya sea por acción o por omisión cuando pesaba sobre aquella una obligación de actuar” pues “quien contrae una obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para

⁵¹ Caso “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, cit.; Caso “Zambrano Vélez y otros”, cit.; Caso “Cantoral Benavides vs. Perú”. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C Nº 88.

⁵² Caso “Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C Nº 91; Caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, cit.

⁵³ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C Nº 77; Caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, cit.

⁵⁴ Caso “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, cit.; Caso “Cantoral Benavides”, cit.; Caso “Zambrano Vélez y otros”, cit.; Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008. Serie C Nº 176.

⁵⁵ Ver por todos, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C Nº 29; Caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, cit.

⁵⁶ Caso “Anzualdo Castro vs. Perú”, cit.

⁵⁷ Caso “Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 183.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Caso “Anzualdo Castro vs. Perú”, cit.

⁶⁰ Caso “Furlan y familiares vs. Argentina”. Sentencia del 31 de agosto de 2012.

⁶¹ Caso “Cantoral Benavides vs. Perú”, cit.; Caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, cit.

⁶² CSJN, 22/09/33, “Tomás Devoto y Cía c. Gobierno Nacional”, JA, t. 433 p. 416, con nota de BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”.

⁶³ Cabe recordar que dichas disposiciones recibieron modificaciones con la ley 17.711.

⁶⁴ CSJN, 03/10/38, “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”, LL t. 12 p. 122, con nota de SPOTA, Alberto G., “La responsabilidad aquiliana de la administración pública”.

el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución⁶⁵.

El delineamiento de las principales características de la cuestión en nuestro país va a completarse con lo resuelto en la causa "Vadell"⁶⁶. Allí, la Corte Suprema federal dejó en claro el carácter directo de la responsabilidad del Estado al indicar que "la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas"⁶⁷.⁶⁶

Es, de este modo, que se consolidan las directrices principales de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país: es directa y objetiva y el factor de atribución principal es la falta de servicio.

2. La Ley de Responsabilidad Estatal

Este novel cuerpo normativo federal, recogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema previamente reseñada establece que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa⁶⁷.

A ello, se agregan la consagración de las eximentes. Así, se excluye de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial y b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder⁶⁸.

Este precepto, como lo destaca GONZÁLEZ MORAS, no contempla la concurrencia de culpas, lo que obliga a acudir a los preceptos del Código Civil y Comercial, sea de manera analógica o subsidiaria⁶⁹.

Además, en otra disposición, se establecen los recaudos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue y d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado⁷⁰.

⁶⁵ CSJN 18/12/84, "Vadell, Jorge F. c. Buenos Aires, Provincia de", ED, 217:215, esp. consid. 5, con nota de CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte".

⁶⁶ Considerando 6°.

⁶⁷ Art. 1°.

⁶⁸ Art. 2°.

⁶⁹ GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. "Responsabilidad del Estado por falta de servicio", en AA. VV. - Rosatti, Horacio (director), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Análisis crítico y exegetico*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 103.

⁷⁰ Art. 3°.

VI. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTIVIDAD LÍCITA

1. Origen y posterior evolución jurisprudencial

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado en donde —salvo supuestos excepcionales— no está contemplada la responsabilidad por actividad lícita, en el derecho administrativo, en cumplimiento legítimo de sus funciones el Estado puede dañar al administrado, que frente a determinadas circunstancias, tiene derecho a contar con la debida reparación.

Como se sabe, la génesis de esta figura debe ubicarse en Europa cuando en 1938 el Consejo de Estado francés se expidió en el caso "La Fleurette". Allí, mediante una disposición de carácter legislativo se había vedado la fabricación, comercialización y transporte de productos denominados "cremas" pero cuyo origen no era lácteo. El propósito de dicha normativa era lograr la protección de la industria lechera, lo que perjudicó a la empresa actora que de ese modo se veía impedida de comercializar una determinada golosina.

En atención a que las razones invocadas no se vinculaban con la salubridad pública sino con la necesidad de proteger una actividad comercial, el Consejo de Estado francés reconoció el derecho del reclamante a obtener la reparación del perjuicio ocasionado por el Estado.

Ese precedente se va a constituir en la plataforma conceptual que va a tomar en nuestro país la Corte Suprema al resolver la causa "Laplacette"⁷¹ en el año 1943. Es que allí, con fundamento constitucional en la inviolabilidad de la propiedad privada, el Alto Tribunal hizo lugar al reclamo formulado a partir de la inundación de los campos de la actora como consecuencia de la realización de obras hidráulicas por la Provincia de Buenos Aires. Resulta interesante destacar que ante la falta de regulación expresa de la situación planteada, se consideró aplicables analógicamente las normas de la expropiación, por entender que éstas regulaban un supuesto de responsabilidad por actividad legítima del Estado.

A partir de entonces, el Alto Tribunal federal ha dictado numerosos precedentes reconociendo la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, como vimos, fundamentando normativamente sus decisiones en preceptos constitucionales. Sin embargo, no puede pasarse por alto que para la procedencia de ese tipo de resarcimiento ha ido requiriendo determinadas exigencias que han variado a lo largo de los años⁷².

⁷¹ Fallos 195:166, "Laplacette" (1943).

⁷² COVELLO, Pedro José Jorge, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita", ED, Supl. Derecho Administrativo, 20/08/2000.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad, podemos decir que la procedencia de este tipo de reparación, desde lo jurisprudencial, depende de la concurrencia de los siguientes recaudos: a) La existencia de un daño cierto; b) La relación de causalidad entre la conducta fundamento del reclamo y el perjuicio invocado; c) La posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada a través de un factor de atribución⁷³; d) el sacrificio especial⁷⁴ y e) que no haya obligación de soportar el daño⁷⁵.

2. La extensión de la reparación

En lo que tiene que ver con el alcance de la indemnización frente a los casos de responsabilidad por actividad estatal lícita, los operadores jurídicos tampoco se han puesto de acuerdo acerca de su extensión, habida cuenta que, mientras en algunos casos se ha considerado que sólo debe indemnizarse el daño emergente aplicando la teoría de la expropiación⁷⁶, en otros precedentes ha entendido que debe incluirse el lucro cesante.

Desde lo jurisprudencial puede verse claro que hasta el caso "Sánchez Granel"⁷⁷ de 1984 sólo se admitía el reclamo de indemnización del daño emergente pero no del lucro cesante, ya que se consideraba que a falta de regulación expresa en el CC, procedía la aplicación de las normas de derecho público vinculadas a la expropiación.

Sin embargo, a partir de ese precedente, se produce un cambio de rumbo. Es que allí la mayoría del Tribunal acogió la pretensión de la actora que reclamaba un resarcimiento que incluía al daño emergente y al lucro cesante. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que el principio de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos "se traducen en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado"; no procediendo la aplicación de la ley de expropiaciones en cuanto ello suponía "una

⁷³ Fallos, 332:1367, "Zonas Francas Santa Cruz S.A." (2009).

⁷⁴ Sobre este punto ha dicho la Corte que "En este sentido, es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales -vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional" (CSJN, 15/05/2014, "Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional M° de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento", M. 1378. XLVII. ROR).

⁷⁵ Fallos, 315:2026, "Columbia" (1992).

⁷⁶ COMADIRA, Julio R., "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: Fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 416-417.

⁷⁷ Fallos, 306:1409 "Sánchez Granel" (1984).

restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio".

Empero, luego del dictado de ese decisorio, el Alto Tribunal retomó la tendencia limitativa de la reparación del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita, invocando para ello la teoría de la expropiación, tal como aconteció en la causa "Motor Once"⁷⁸.

Sin embargo, nuevamente en la causa "Jucalán Forestal"⁷⁹, se dio paso a un reconocimiento de la reparación integral en la materia que nos ocupa. En el caso se trató de un reclamo por inundaciones en campos propiedad de la actora a raíz de trabajos realizados por la Dirección de Hidráulica de la Provincia de Buenos Aires, el voto mayoritario del cintero tribunal consideró que pese a tratarse de un accionar legítimo del Estado, ello no podía implicar la limitación de la reparación al daño emergente. A tal efecto, señaló que el principio de la reparación plena sólo podía ser excluido por razones de fuerza mayor, por previsión contractual o por decisión legislativa. En relación a la aplicación de la ley de expropiación, enfatizó su improcedencia en cuanto entendió que suponía una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso.

Más recientemente, en el año 2005 al dictarse sentencia *in re* "El Jacarandá"⁸⁰ se pronunció nuevamente sobre la cuestión. En esa oportunidad, se había demandado al Estado Nacional por el dictado de un decreto por el que se dejó sin efecto el acto de adjudicación para la explotación del servicio de radiodifusión. En el caso, la Corte decidió denegar la procedencia del lucro cesante reclamado por actora en virtud de una carencia probatoria, pero reconociendo que no existía fundamento para limitar la reparación al daño emergente. El voto minoritario de la jueza Highton de Nolasco, en cambio, consideró improcedente el reconocimiento del lucro cesante, en virtud de aplicarse a estos supuestos de responsabilidad civil estatal por actividad legítima, las normas del derecho administrativo (Ley de expropiaciones), aplicándose criterios de justicia distributiva en tanto se regula las relaciones de la comunidad y no entre particulares.

Luego, la Corte va a consolidar esa tendencia en la causa "Zonas Francas Santa Cruz S.A."⁸¹. Allí, si bien no se señaló expresamente la procedencia de la reparación plena se admite implícitamente la indemnización del lucro cesante en este ámbito de la responsabilidad estatal. A tales efectos, señaló que con relación a ese ítem que "la actora no había acreditado los daños solicitados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza para que proceda su reparación".

⁷⁸ Fallos, 312:659 "Motor Once" (1989).

⁷⁹ Fallos, 312:2266 "Jucalán Forestal" (1989).

⁸⁰ Fallos, 328:2654, "El Jacarandá" (2005).

⁸¹ Fallos, 332:1367 "Zonas Francas Santa Cruz S.A." (2009).

Cabe recordar, asimismo, que recientemente, se afirmó en el caso "Aquino"⁸² el carácter constitucional del principio de reparación plena, con anclaje en el art. 19 de la C.N.; cláusula que prohíbe causar perjuicios a terceros, de lo cual se desprende que quien viole tal disposición deberá reparar de manera plena el daño causado.

Desde lo doctrinario la cuestión ha sido muy debatida. MARIENHOFF, por su parte, se ha mostrado contrario al reconocimiento del lucro cesante en estos casos⁸³. Otra corriente de pensamiento sostiene que corresponde la reparación integral⁸⁴ y el reconocimiento del lucro cesante⁸⁵.

3. La Ley de Responsabilidad Estatal

a) Aspectos generales

Este nuevo cuerpo normativo establece que la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa es de carácter excepcional⁸⁶. Esa calificación ha sido considerada como un grave error que conspira contra la construcción de un Estado moderno⁸⁷.

b) Requisitos de procedencia

La ley 26.944 en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos reseñado establece cuáles son los extremos que deben verificarse para que pueda condenarse al Estado por su actividad legítima.

En tal sentido, se exige la concurrencia de los siguientes recaudos: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido⁸⁸.

⁸² Fallos, 327:3753 "Aquino" (2004).

⁸³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 758.

⁸⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en *Revista de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 10, nota n° 9.

⁸⁵ BIANCHI, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado", *ED*, 111:550.

⁸⁶ Art. 5°.

⁸⁷ BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en AA.VV. - ROSATI, Horacio (director), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 197.

⁸⁸ Art. 4°.

c) La extensión de la reparación

La Ley de Responsabilidad Estatal también regula la cuestión relativa a la extensión de la reparación en esta especie de responsabilidad.

Allí se dispone que solo resulta indemnizable el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Además, estipula expresamente que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante⁸⁹.

Como puede apreciarse, el Legislador ha reproducido en dicho precepto el art. 10 de la Ley 21.499 que rige el instituto de la expropiación. En virtud de ello, se excluye de manera explícita la reparación del daño moral⁹⁰ y del lucro cesante.

Desde nuestra perspectiva, por un lado, la limitación de la responsabilidad que impone la ley 26.944 soslaya la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha aceptado la procedencia del rubro lucro cesante cuando se encuentre debidamente acreditado.

Por el otro, violenta el principio constitucional a la reparación integral que impone nuestra Constitución Nacional (art. 19) y que ha sido convalidado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como hemos visto.

VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Introducción

También, ha existido mucha discusión entre los operadores jurídicos con relación a la aplicación de los factores de atribución a los supuestos de responsabilidad estatal vinculada a la actividad administrativa ilegítima. Debe tenerse presente que debido a la gran cantidad de cometidos públicos que lleva adelante la administración la casuística existente sobre la materia es abundante y variada.

En virtud de ello, abordaremos este aspecto desde el principal factor de atribución que se utiliza en este campo, esto es, a la falta de servicio. Asimismo, haremos una breve referencia al riesgo y vicio de la cosa.

⁸⁹ Art. 5°.

⁹⁰ PERRINO, Pablo E., "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", en AA.VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, ROSATI, Horacio (director), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 270.

2. La falta de servicio

Como se sabe, la génesis de la noción de falta de servicio debe ubicarse en Francia a partir de lo resuelto por el Consejo de Estado en el *arrêt* "Blanco" de 1873. En sus orígenes, esa figura, englobaba todos los reclamos derivados del incorrecto funcionamiento del Estado ya que se consideraba que todas las actividades que desarrollaba el Estado debían considerarse como un servicio público, lo que permitió identificar a la falta de servicio como el irregular desenvolvimiento de la función administrativa⁹¹.

Así nace, entonces, dentro de la responsabilidad del Estado, ese factor de atribución que —como vimos— se configura ante "el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, ya sea por acción o por omisión cuando pesaba sobre aquella una obligación de actuar"⁹² pues "quien contrae una obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución"⁹³.

La mayoría de la doctrina ha entendido que esta figura engarzaba con lo normado en el art. 1112 del Código Civil cuando disponía que "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas son comprendidos en las disposiciones de este título". Cabe destacar, que incluso, para algunos administrativistas se trataba de una norma de derecho público insertada en el Código Civil⁹⁴.

Dicha figura, como vimos, hizo pie en nuestro país en 1938 cuando la Corte resolvió la causa "Ferrocarril Oeste"⁹⁵. Allí, se condenó a la Provincia de Buenos Aires a indemnizar los perjuicios causados a la actora quien en virtud de la irregular prestación del servicio de expedición de los certificados registrales al emitir un informe erróneo, adquirió un terreno de quien había dejado de ser su titular.

⁹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *ED*, 99-937, esp. p. 940.

⁹² PERRINO, P., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", *ob. cit.*, p. 64. En sentido similar lo ha entendido Rodolfo C. Barra ("Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *ED*, 122:859).

⁹³ Es que como se ha indicado los empleados públicos no son simples dependientes sino que forman parte de la estructura misma de la Administración (CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo", *ED*, 114:215).

⁹⁴ COMADURA, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado" en *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis 2003, p. 368; CASSAGNE, Juan C., "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo", *ED*, 100-986, esp. p. 989.

⁹⁵ Fallos, 180:253, "Ferrocarril Oeste" (1998).

Nuevamente, este factor de atribución de responsabilidad fue utilizada en el caso "Vadell"⁹⁶ en donde también se reclamaban los daños y perjuicios derivados de un error registral de la entidad pública.

Más recientemente, se acudió a él en el caso "Serradilla"⁹⁷. En esa causa, el actor había solicitado ante la sede del Registro Nacional ubicado en la Provincia de Mendoza un triplicado del Documento Nacional de Identidad en razón del mal estado en que se encontraba su anterior ejemplar. Transcurrido un año sin que se le entregara la nueva documentación, fue notificado por la entidad bancaria en la cual operaba que procedería a cerrar todas sus cuentas, en virtud de una comunicación del Banco Central de la República Argentina que había dispuesto, por el libramiento de cheques sin fondos, su inhibición para efectuar cualquier operatoria.

El demandante tomó conocimiento, además, que en otra entidad financiera se había concretado la apertura de una cuenta a su nombre con el DNI triplicado que había gestionado ante el Registro, al cual se le había insertado la fotografía, la firma y la impresión digital de otra persona.

A partir de ello y luego de efectuar la denuncia penal correspondiente, decidió promover demanda en contra del Estado Nacional —Ministerio del Interior, Registro Nacional de las Personas— y de la Provincia de Mendoza —Ministerio de Gobierno, Dirección General del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas— a los fines de ser resarcido de los perjuicios provocados por la pérdida del Documento Nacional de Identidad.

La mayoría de la Corte Suprema⁹⁸ admitió parcialmente la procedencia de la demanda considerando que tanto el Estado Nacional como provincial resultaban concurrentemente responsables por los daños causados al actor por la falta de servicio. En tal sentido, se señaló que "el uso indebido por un tercero del documento de identidad cuya custodia fue insatisfecha por las agencias estatales intervinientes y con el cual se abrieron sendas cuentas bancarias con datos falsificados para dar lugar al ulterior libramiento de cheques sin fondos contra aquéllas, que a la postre provocaron la inhabilitación del actor, revelan una cadena de conductas causales jurídicamente relevantes en el resultado fáctico calificado como dañoso".

Con base en ello, se estimó que el cierre de las cuentas del actor y su inhabilitación para operar en el sistema financiero eran el producto de la falta de servicio de las demandadas, al no custodiar debidamente el triplicado del DNI.

Cabe remarcar, que la condena se extendió al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza debido a que no se pudo probar en el desarrollo del pleito, si la responsabilidad debía recaer exclusivamente sobre alguno de ellos, dado que existían cons-

⁹⁶ Fallos 306:2030, "Vadell" (1984).

⁹⁷ Fallos, 330:2748 (2007).

⁹⁸ Integrada por los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

tancias del envío del DNI por la autoridad nacional, pero no podía acreditarse la recepción del mismo por el organismo local. De este modo y en virtud de la existencia de una vinculación causal adecuada entre la conducta imputada a las demandadas y el resultado dañoso final, la mayoría resolvió que cabía atribuirles la responsabilidad de manera concurrente, mandando solo a indemnizar el daño moral.

La ley de Responsabilidad Estatal ha mantenido esta figura como factor de atribución exclusivo. En tal orden de ideas exige como uno de los recaudos de la responsabilidad por actividad legítima a la falta de servicio a la que define como la actuación u omisión irregular de parte del Estado⁹⁹.

3. Riesgo

En esta hipótesis, el factor de atribución tuvo fundamento en el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil cuando señala que "En los supuestos de daños causados con las cosas el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder"¹⁰⁰.

El código Civil y Comercial, actualmente, señala que "Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicios de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medio empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva"¹⁰¹.

El riesgo es muy utilizado por los tribunales para condenar al Estado cuando, por ejemplo causa daños con automóviles oficiales, con aeronaves, trenes, helicópteros u otras cosas riesgosas y ha dado lugar a algunas sentencias de la Corte Suprema¹⁰².

PERRINO, ha criticado la forma en que se ha aplicado al Estado "lo cual se traduce no solo en su aplicación indebida en lugar de la falta de servicio, sino también—y eso es lo más grave—en una expansión excesiva del deber de reparar del Estado, en especial cuando se lo ha utilizado con relación a bienes que integran el dominio público"¹⁰³.

Esta figura no ha sido receptada por la Ley de Responsabilidad Estatal. Sin embargo, no consideramos que ello pueda obstar a su aplicación a los daños causados por el Estado Nacional.

4. El vicio de la cosa

Según nuestro parecer, el vicio de la cosa, puede ser utilizado, también, como factor atributivo de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, de conformidad a lo previsto, originariamente, por el segundo párrafo, segundo supuesto, del art. 1113 del CC.

La reforma introducida por la ley 17.711¹⁰⁴ al Código Civil en el año 1968 determinó la inclusión en el 2º párrafo, segundo apartado del art. 1113 de la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa derivada por el daño causado por el vicio. La incorporación de tal especie de responsabilidad se inscribe entre aquellas hipótesis de daños causados "con" las cosas y no "por" las cosas¹⁰⁵.

A partir de ese nuevo agregado, la doctrina civilista concentró su atención en la determinación de los alcances de dicho factor de atribución. A tales efectos, se ha señalado que una cosa debe ser catalogada como viciosa cuando presenta un defecto de fabricación, de funcionamiento o de conservación, que la torna inapta para la función que debe cumplir de acuerdo con su propia naturaleza¹⁰⁶.

Actualmente, el Código Civil y Código Civil y Comercial contempla al vicio de la cosa como factor atributivo de responsabilidad objetivo¹⁰⁷.

De este modo, la obligación de reparar el daño causado se encuentra sujeta a la concurrencia de los cuatro requisitos clásicos de la responsabilidad civil por hechos ilícitos; antijuridicidad, daño, factor de atribución objetivo¹⁰⁸ y relación de causalidad.

En especial, en cuanto al daño, debemos señalar que la imputación de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa viciosa se halla sujeta a la necesidad de que el

¹⁰⁴ B.O. 26/04/1968.

¹⁰⁵ Vid. BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de derecho civil, parte General*, Advocatus, Córdoba, 1998, ps. 405 y ss.

¹⁰⁶ PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, p. 422. En sentido similar, TRIGO REPRESAS, Félix A., "Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas" en *Revista en Derecho de Daños*, 2006-3, Creación de Riesgo—I, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 7.

¹⁰⁷ Art. 1757.

¹⁰⁸ Se han conceptualizado como factores de atribución objetivos a aquellos en que no se cuestiona la existencia de una conducta errada en los términos del art. 1109 de CC sino que se basan en una pauta objetiva, ajena al posible control del sujeto (Cfr. TABANO, María Josefina, "El riesgo" en *Revista en Derecho de Daños*, 2006-3, Creación de Riesgo—I, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, ps. 108-109) Entre los diferentes factores objetivos para atribuir la responsabilidad estatal como el enriquecimiento sin causa, el riesgo, garantía seguridad social, etcétera.

⁹⁹ Art. 3º, inciso d.

¹⁰⁰ Para ampliar véase: PIZARRO, Ramón D., en AA. VV.—BUERES, Alberto, (dir.)—HIGHTON DE NOLASCO, (coord.), *Código Civil comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 496 y ss; VICENTE REPARAZ, María Magdalena, "Responsabilidad del Estado por riesgo creado", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 15/09/09.

¹⁰¹ Art. 1757.

¹⁰² Fallos, 315:2834, 311:1018, entre otros.

¹⁰³ PERRINO, Pablo, "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita (Responsabilidad por falta de servicio)", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 28/12/1999.

perjuicio haya sido causado con la cosa viciosa pues — como dijimos — nos encontramos frente a un supuesto de daño causado “con” las cosas y no “por” las cosas.

De este modo, lo ha entendido la jurisprudencia al señalar que “[l]a responsabilidad fundada en el vicio de la cosa exige que un defecto de ésta, aparente u oculto, sea el factor determinante del daño, porque solo así puede comprometer a quien ha mantenido la cosa en ese modo de servicioso y, por ende, potencialmente dañoso”¹⁰⁹. Desde la doctrina, se ha agregado que “[e]l daño derivado del peligro o defecto de la cosa no debe ser soportado por los terceros, sino por quien mantiene con ella algún nexo de hecho o de derecho: por el sujeto que se sirve de la cosa o la tiene a su cuidado”¹¹⁰.

Asimismo, resulta necesaria la concurrencia de relación de causalidad entre la cosa viciosa y el resultado dañoso final recordando, que en el ámbito de la responsabilidad objetiva la vinculación causal se presume¹¹¹.

Por último, debe tenerse presente que frente a un supuesto de un daño causado por el vicio de la cosa, el dueño o guardián de la misma para eximirse total o parcialmente de responsabilidad deberá acreditar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, el actuar culposo de la víctima o la de un tercero por el cual no debe responder¹¹².

a) Diferencias entre el vicio y el riesgo de la cosa

En general, existe una tendencia generalizada de la doctrina civilista a subsumir el análisis de la responsabilidad por vicio de la cosa en la correspondiente al riesgo como factor de atribución objetivo. Se arriba a esa conclusión a partir de considerar que la existencia del vicio determina el carácter riesgoso de la cosa y obliga a pensar que siempre se está ante una hipótesis de riesgo¹¹³. En esa misma inteligencia, se registran, incluso, algunos precedentes de la Corte Suprema¹¹⁴.

Sin embargo, consideramos que ambos supuestos de responsabilidad no pueden tratarse de manera idéntica dado que existen marcadas diferencias entre sí que justifican el tratamiento particularizado del vicio como factor de atribución distinto al riesgo, más allá de que no pueda desconocerse que una cosa viciosa en muchos casos pueda aparecer como riesgosa.

¹⁰⁹ Cam. Nac. Civil, Sala A, 02/03/94, “Consortio Pueyrredón 1751/53/55 y otros c. Consortio Pueyrredón 1741/43/45 y otros”, JA, 1994-IV-590.

¹¹⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad por riesgo*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 43.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Vid. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, eximentes*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1980.

¹¹³ PIZARRO, Ramón D., “Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial”, LL Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año I, N° I, enero-febrero 1999, p. 33, esp. p. 42.

¹¹⁴ Vid. Fallos 310:1449.

Sobre tal semejanza, incluso, se ha pronunciado el Alto Tribunal en la causa “O’ Mill”¹¹⁵ al destacar que “los conceptos de riesgo y vicio no son asimilables, pues el primero presupone la eventualidad posible de que una cosa llegue a causar daño y el segundo un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal”.

A ello puede agregarse, además, que a diferencia de lo ocurre con el factor riesgo, la existencia del vicio en la cosa que provoca el daño siempre denota la presencia de culpa pues “aunque no se sepa a quién atribuirle: al dueño, al guardián, al fabricante, al usuario [...] la utilización de una cosa viciosa, conociendo o debiendo conocer el vicio, es un acto culpable”¹¹⁶.

Tampoco, puede sostenerse la regla de que toda cosa viciosa es peligrosa, pues el riesgo es inherente a determinadas cosas en virtud de su naturaleza, en cambio “cualquier cosa, aun la más inofensiva puede tener un vicio”¹¹⁷ dado que éste se presenta como un estado de la misma. Es que, como apuntamos *supra*, el supuesto analizado se vincula a los casos en que el daño tenga como causa un vicio de construcción o de conservación de la cosa, independientemente de la peligrosidad o no del bien¹¹⁸.

También, el riesgo y el vicio pueden distinguirse en el aspecto probatorio en tanto el primero, se infiere de la naturaleza de la cosa sin que resulte menester la producción de prueba especial. Por ello, si la responsabilidad se funda en el riesgo no resultará preciso — en la mayoría de los supuestos — acreditar que la cosa es riesgosa habida cuenta que ello es producto de la experiencia recogida por los tribunales judiciales como ocurre, por ejemplo, en materia de automotores, aeronaves, maquinarias, etcétera.

La acreditación de la existencia del vicio en la cosa y su vinculación causal, en cambio, recae sobre quien alega su presencia aunque en determinados casos pueda presumirse su existencia, habida cuenta que nos hallamos frente a una variante de responsabilidad objetiva¹¹⁹. Ahora bien, demostrado el vicio de la cosa que ha provocado el daño el demandado deberá acreditar — a los fines de eximirse de responsabilidad — la culpa de la víctima, la de un tercero por el cual no se debe responder o la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

¹¹⁵ Fallos, 314:1505. “O’ Mill, Allan Edgar c/ Neuquén, Provincia de s/ cobro de australes” (1991).

¹¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, 2ª ed., Hammurabi, 1997, Buenos Aires, ps. 601-602.

¹¹⁷ *Idem*, p. 601.

¹¹⁸ Cfr. GARRIDO, R. - ANDORNO, L., *El art. 1113 del Código Civil, comentado y anotado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 500.

¹¹⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento...*, ob. cit., t. 4, ps. 601-602.

b) Su aplicación a los supuestos de responsabilidad estatal

Sentadas las bases de la responsabilidad por vicio de la cosa entre sujetos privados, analizaremos a continuación cómo se proyecta ese factor de atribución sobre el Estado cuando éste es el dueño o guardián de la cosa defectuosa que causa el daño.

En razón de que se trata de un supuesto de daños causados con las cosas, adquiere relevancia el contenido de los arts. 235 y 236 del Código Civil y Comercial en cuanto establecen qué bienes integran el dominio público y privado del Estado, respectivamente¹²⁰.

Un caso paradigmático de responsabilidad estatal por vicio de la cosa, se desprende de lo decidido por la Corte Suprema en la causa "Pose"¹²¹. En esa oportunidad, el Máximo tribunal federal interpretó que la Municipalidad de Puerto Madryn

¹²⁰ Cabe destacar que el art. 235 establece que "Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a. el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b. las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c. los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fondo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d. las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e. el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f. las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g. los documentos oficiales del Estado; h. las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos."

El art. 236, por su parte, prescribe que "Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a. los inmuebles que carecen de dueño; b. las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c. los lagos no navegables que carecen de dueño; d. las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e. los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título."

¹²¹ Fallos 315:2834, "Pose José Daniel c. Chubut, Provincia del y otras/ daños y perjuicios" (1992), con nota de CANOSA, Armando N., "Nuevamente el artículo 1113 del Código Civil y la responsabilidad del Estado", *ED*, 157:83. Este autor si bien coincide con lo resuelto por la Corte Suprema realiza dos críticas puntuales. En primer término, desacuerda con el fundamento normativo utilizado, pues según el autor resulta incorrecta la aplicación del art. 1113 del CC habida cuenta que se trata de un supuesto de falta de servicio receptada por el art. 1112 de dicho cuerpo normativo. En segundo lugar, considera incorrecto que se extienda la responsabilidad a la Provincia de Neuquén pues al tratarse de una falta de servicio es el municipio condenado quien construyó los trampolines que constituían una cosa viciosa y riesgosa.

y la Provincia de Neuquén eran responsables por los daños sufridos por el actor, quien al lanzarse desde un trampolín ubicado en la costa cuando la marea había descendido impactó contra la arena quedando en estado de cuádrupleja. Según las consideraciones efectuadas por el Alto Tribunal, el trampolín cuya utilización determinó el daño reclamado constituía una cosa viciosa "en relación con el uso al cual estaba destinado"¹²².

Así, la atribución de responsabilidad de la Municipalidad de Puerto Madryn halló sustento en el hecho de que "el uso y goce de los bienes de dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado *lato sensu*) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgo". En cambio, la Provincia demandada fue condenada en el carácter de propietaria de la playa donde se ubicaba el trampolín. Cabe tener presente, que la Corte, consideró que en el caso había existido culpa concurrente con una incidencia causal del treinta por ciento, dado que estimó que el actor había actuado imprudentemente al arrojararse del trampolín.

En este orden de ideas, entre los supuestos de responsabilidad del Estado por cosas viciosas, cabe también citar los casos de daños producidos por la existencia de baches en la vía pública o en las rutas no concesionadas, tal como lo decidió el Máximo Tribunal *in re* "Bullorini"¹²³.

En definitiva y de acuerdo a la casuística analizada, puede concluirse que la responsabilidad del Estado en las hipótesis consideradas, radica en la negligencia que cabe imputarle por haber descuidado el indispensable mantenimiento del bien cuya titularidad o guarda ostenta, u omitir la subsanación de sus eventuales deficiencias¹²⁴. Así, normalmente, el vicio de la cosa que causa el daño será el producto de la conducta omisiva del Estado en no realizar el control o el mantenimiento adecuado sobre la cosa cuya propiedad posee y que luego termina provocando el daño.

Entonces, para poder endilgar responsabilidad al Estado por los daños provocados por una cosa viciosa le bastará al demandante acreditar la existencia del perjuicio y su vinculación causal con la intervención de la cosa de propiedad pública. Sin embargo, deberá demostrar la calidad de cosa viciosa.

Además, la condena al Estado por este tipo de responsabilidad, tiene la aptitud para generar consecuencias internas y externas. Las primeras, tendrán lugar en el ámbito disciplinario pues en la mayoría de los supuestos el desperfecto de la cosa tendrá su origen en la falta de control o de mantenimiento. En el ámbito externo, habilitará al Estado condenado para que en el caso de que corresponda, inicie la ac-

¹²² Cfr. considerando N° 7.

¹²³ Fallos 317:144, "Bullorini" (1994).

¹²⁴ PADILLA, Miguel M., "Responsabilidad civil extracontractual por daños originados en la prestación del servicio público de electricidad", *LL*, 107-967.

ción de repetición contra el fabricante de la cosa cuando el desperfecto sea imputable a este último.

c) La falta de servicio y el vicio de la cosa

Ya dijimos que el factor de atribución falta de servicio se configura por el irregular o defectuoso funcionamiento de la administración pública, cuando existe sobre una obligación de actuar. En cambio, la responsabilidad por vicio tiene como base material los defectos que adolecen los bienes cuya propiedad detenta el Estado y es esa cosa, justamente, lo que termina provoca el resultado dañoso final.

La consulta de los repertorios jurisprudenciales y de trabajos especializados sobre el tema, evidencia que muchas de las hipótesis que se mencionan como faltas de servicio en realidad configuran supuestos de daños causados por el vicio de la cosa.

Cabe apuntar, que esta disquisición que efectuamos no resulta meramente teórica sino que incide inevitablemente en el aspecto probatorio de un pleito. Es que, tratándose de un caso en que se invoca una falta de servicio el actor deberá acreditar —para que proceda la responsabilidad estatal— que la persona encargada de realizar el debido control o de efectuar el mantenimiento omitió hacerlo. En cambio, frente a una hipótesis de vicio bastará con demostrar que la cosa padece ese defecto y su vinculación causal con el daño para que proceda la responsabilidad estatal.

VIII. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTIVIDAD LEGISLATIVA

1. Introducción

Los supuestos a partir de los cuales el Estado puede ser condenado a reparar el daño causado a los particulares por el desenvolvimiento de su actividad legislativa puede asumir distintas posibilidades que varían de acuerdo a si la actividad es legítima o ilegítima.

En lo que se refiere a esta última alternativa analizaremos, a continuación, los supuestos que pueden dar lugar a esta especie de responsabilidad estatal.

2. Daños provocados por una reforma constitucional que luego es declarada inconstitucional

Con relación a este tema, MARIENHOFF¹²⁵ entiende que una reforma constitucional no puede privar de su propiedad a ciertos ciudadanos sin indemnizarlos. En con-

tra de esta postura se ha manifestado REIRIZ¹²⁶ al entender que el Poder Constituyente no puede responsabilizar al Estado.

Evidentemente, que para arribar a una conclusión en este punto debemos resolver los interrogantes planteados a partir del dictado del caso "Fayt"¹²⁷ por la Corte Suprema,¹²⁸ en cuanto a si una reforma Constitucional puede ser declarada inconstitucional.

Si la respuesta a este interrogante es positiva y la reforma a la Carta Magna ha generado un perjuicio, el afectado debe ser indemnizado.

3. Daños derivados del dictado de una ley declarada inconstitucional o de un reglamento inválido

Cuando la lesión se ha producido a partir del dictado de una ley, un decreto de naturaleza legislativa¹²⁹ o administrativa¹³⁰ que luego ha sido declarado inconstitucional, inconveniente o nulo, resulta procedente esta especie de responsabilidad.

En estos supuestos, estamos en presencia de supuesto de actividad ilícita del Estado en donde éste debe reparar los perjuicios causados conforme al criterio que rige en este tipo de responsabilidad, es decir, haciéndose cargo de la reparación del daño emergente y lucro cesante debidamente acreditado en la causa, si el mismo se deriva de una norma que ha sido declarada por el Poder Judicial contraria a la Carta Magna.

4. Perjuicios provocados por el cambio en el derecho objetivo

En lo que tiene que ver con esta temática, es decir por la modificación de normas bajo cuyo amparo se generaron derechos para el administrado la discusión ha girado en torno a determinar, a los efectos de la procedencia de la reparación, si se verifica la existencia de un derecho adquirido nacido al amparo de un régimen normativo.

La Corte Suprema ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el tópico en el caso "Columbia"¹³¹ sentando la regla según la cual "nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones", criterio que ya había esbozado en sentencias anteriores¹³².

¹²⁶ REIRIZ, M., ob. cit., p. 84.

¹²⁷ Fallos, 322:1609 "Fayt" (1999).

¹²⁸ Sobre este tema puede verse: HERNÁNDEZ, Antonio M., *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, La Academia, Buenos Aires, 2001.

¹²⁹ Es decir, un decreto delegado, de necesidad o urgencia o ejecutivo.

¹³⁰ Hemos denominado a los mismos como reglamentos autónomos.

¹³¹ Fallos, 323:1899, "Columbia".

¹³² Fallos, 268:228, 272:229.

¹²⁵ MARIENHOFF, Miguel S., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", LL, 1983-B-910.

También, en la causa “Resvestek”¹³³ se planteó el interrogante sobre si el Estado debía reparar los perjuicios provocados por el cambio de una pauta cambiaria a lo que el Alto Tribunal le dio una respuesta negativa, habida cuenta que entendió que faltaba uno de los elementos que componen en daño: la lesión a un interés protegido por el derecho.

Ahora bien, si la normativa ha dado origen a un derecho adquirido y el nuevo régimen lo desconoce debe indemnizarse el daño causado. Pues, cabe recordar, que la privación de la propiedad solo puede darse a partir de una sentencia fundada en ley (art. 17, CN).

5. La Responsabilidad del Estado por actividad legislativa lícita

Preliminarmente, debe quedar en claro que en los supuestos de responsabilidad por actividad legislativa lícita la norma es considerada legítima, sea porque así lo considera el afectado al no cuestionar su validez constitucional—tanto formal como material—o porque lo ha decidido el Poder Judicial, pero, a pesar de ello, provoca un perjuicio dando lugar a la reparación.

Ahora bien, para que proceda esta especie de responsabilidad no basta con que una norma cause un daño sino que debe concurrir un la existencia de un *sacrificio especial*, tal como lo ha exigido la Corte Suprema en reiterados pronunciamientos¹³⁴. En esta línea ha señalado que cuando la actividad lícita del Estado, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares—cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general—esos daños deben ser atendidos¹³⁵.

Con relación a ello ha indicado la doctrina que “todos estamos obligados a soportar las cargas que las leyes nos imponen en forma general en la medida en que no sea inconstitucionales. Pero, aun siendo válidas, pueden generar derecho a indemnización respecto de quienes se ven afectados en sus derechos en forma más gravosa que el resto de la comunidad”¹³⁶.

Es de destacar que MARIENHOFF¹³⁷ ha criticado con fuerzas esta exigencia dado que entiende que aunque el daño sea general el derecho a reparación existe. Coincidimos con BIANCHI cuando pone de resalto la falta de precisión conceptual de la jurisprudencia y las dificultades que presentan aquellos supuestos en donde los afec-

¹³³ Fallos, 318:1531, “Resvestek”.

¹³⁴ Fallos, 176:111; 180:107, 293:617, 315:1026, 316:397.

¹³⁵ Fallos, 322:2525, “Mallmann” (1999) Votos de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Vázquez.

¹³⁶ BIANCHI, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 41.

¹³⁷ MARIENHOFF, Miguel S., “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, *LL*, 1983-B-910.

tados son muchos dadas las dificultades para hablar de sacrificio especial.¹³⁸ Es decir, ¿Qué cantidad de afectados deben existir para que se verifique un supuesto de sacrificio especial? ¿La especialidad del sacrificio depende de la cantidad de afectados o de las particularidades del daño?

Cabe recordar, que la Ley de Responsabilidad Estatal al establecer los recaudos que deben reunir los reclamos por la actividad lícita del Estado exige, entre otros, la concurrencia de “Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”¹³⁹.

IX. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

1. Introducción

Es difícil establecer reglas apriorísticas de reparación patrimonial en materia de daños derivados de la actividad jurisdiccional dado que ésta puede asumir numerosas variantes. Así, se presentan distintos supuestos frente a casos en donde se esgrimen pretensiones resarcitorias derivadas de la prisión preventiva, del error judicial, por dilación en los trámites judiciales, por la traba de medidas cautelares, etc., aunque no puede desconocerse que la primera de las causales mencionadas es la que ha dado lugar a mayores discusiones de los operadores jurídicos.

Antes de ingresar en el estudio de la casuística hay que recordar que esta especie de responsabilidad tiene expresa recepción en la Ley Fundamental cuando se reconoce que los jueces son responsables de las medidas carcelarias que sean excesivamente gravosas para las personas detenidas. Además en los arts. 10 y 7, inc. 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se permite el reclamo por los daños derivados de “condena en sentencia firme por error judicial”—en la primera de ellas—o por una “detención o encarcelamiento arbitrario”, en la segunda de las disposiciones citadas. En la misma línea, el contenido del art. 9º, inc. 5, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

2. Recaudos de procedencia

En nuestra opinión y teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema, las reglas de la reparación en este ámbito pueden sintetizarse bajo el cumplimiento de los siguientes recaudos:

¹³⁸ BIANCHI, Alberto, “La doctrina del sacrificio especial en la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 27.

¹³⁹ Art. 4º, inciso e.

a) *La necesidad de la existencia de un comportamiento ilegítimo o irregular*¹⁴⁰

La Corte ha dictado numerosos pronunciamientos en la materia dejando en claro que según su criterio no existe responsabilidad del Estado por el desenvolvimiento de su actividad jurisdiccional cuando esta es lícita¹⁴¹. Es decir, en todos los casos, debe existir un pronunciamiento judicial que declare la ilegitimidad de la resolución por la cual se ha causado el daño por el que se reclama. Mediante esta exigencia se encausa el requisito de la antijuridicidad de la conducta estatal.

Según el Alto Tribunal las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar esa especie de responsabilidad ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular¹⁴². Por ello, los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir una contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia¹⁴³.

Con tal orientación, ha señalado CASSAGNE que cuando "se configura una actividad judicial irregular—que excede lo que constituye un funcionamiento normal y razonable—renace el deber de reparación ya que la especialidad e intensidad del sacrificio justifica que el particular no deba soportar exclusivamente en daño en tales casos"¹⁴⁴.

En esta misma línea, la Ley de Responsabilidad Estatal dispone que los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización¹⁴⁵.

b) *Que el acto que se considera violatorio de los derechos individuales no constituya cosa juzgada por el consentimiento de la víctima sino que se hayan articulados las defensas procesales necesarias para impedirlo*

Íntimamente vinculada con la exigencia anterior, en cuanto a la antijuridicidad, se requiere que la medida judicial que se considera fuente del daño sea cuestionada a través de las vías procesales pertinentes y no consentida por el damnificado. Es que, según la Corte federal "cabe sentar como principio que el Estado sólo puede

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, lo declaró la Corte Suprema al dictar sentencia en la causa "López", (Fallos, 321:1712, 1998).

¹⁴¹ Fallos, 318:1990 "Balda" (1990); Fallos, 322:2525, "Mallmann" (1999); Fallos, 321:1712 "López" (1998).

¹⁴² Fallos, 325:1855 "Robles" (2002).

¹⁴³ Fallos, 321:1712 "López" (1998).

¹⁴⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, "El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites", *LL*, 2002-A-484.

¹⁴⁵ Art. 5°.

ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley"¹⁴⁶.

Además, ha agregado que "tal exigencia es sustancial y procesalmente necesaria pues no pueden subsistir dos normas particulares, emanada cada una de una sentencia con el siguiente distinto sentido: una, que conteniendo el presunto error judicial sea la que provoca el hecho dañoso, y otra que postule su antijuridicidad y, eventualmente, declare la indemnizabilidad de las consecuencias provocadas por la primera. La seguridad jurídica, la certeza de los pronunciamientos judiciales y la paz social, requieren que se obre del modo indicado"¹⁴⁷.

Desde la doctrina, se ha criticado tal exigencia que obliga al afectado a atacar la resolución judicial dañosa ya que se entiende que, en esos casos, el imputado puede decidir—por motivos de estrategia procesal o por otra razón—no cuestionar, por ejemplo, la medida privativa de la libertad (auto de prisión preventiva) y ello no debería obstaculizar el reclamo resarcitorio posterior¹⁴⁸.

3. Daños derivados de la prisión preventiva

Esta cuestión constituye una de áreas de la responsabilidad del Estado que más ha generado debate, sobre todo desde el plano doctrinario. Ello es producto, entre otras cuestiones, de los valores que se encuentran en juego, esto es, la libertad personal de quien se halla sometido a un proceso penal y el bien común concentrado en la persecución penal y en el castigo de los culpables.

En esta área, en aplicación de los criterios antes expuestos, se ha señalado que para que resulte procedente dicha especie de responsabilidad es necesario que la decisión que impone la prisión preventiva sea cuestionada, declarada ilegítima por otro tribunal y dejada sin efecto por error o vicio manifiesto¹⁴⁹. Es por ello que, según la Corte federal, para poder reclamar daños y perjuicios el imputado debe ser absuelto luego en virtud de su inocencia manifiesta. Por tal motivo, desde esta perspectiva—que no compartimos—no procede la responsabilidad cuando se produce

¹⁴⁶ Fallos: 311:1007.

¹⁴⁷ Fallos: 311:1007, "López", voto del juez Vázquez.

¹⁴⁸ GHERSI, Carlos, "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales", *JA*, 1994-I, p. 4.

¹⁴⁹ Fallos, 308:2095, 311:1007.

la absolución del imputado por aplicarse el principio de *in dubio pro reo* o cuando la medida es declarada ilegítima por un tribunal superior.

Por lo general, el Máximo Tribunal ha dictado pronunciamientos motivados en el pedido de reparación al Estado por privaciones a la libertad dispuestas en causas penales ya sea porque la prisión preventiva¹⁵⁰ fue erróneamente ordenada, o excesivamente prolongada¹⁵¹, o por error judicial¹⁵².

En tal orden de ideas, ha señalado que corresponde desestimar el reclamo de resarcimiento pecuniario por el tiempo de encarcelamiento cautelar que cumplió el demandante, pues aquél no ha alegado ni probado que dicha prisión preventiva haya sido infundada o arbitraria, sino que ha condicionado dicho agravio particular a su reclamo central cuyo objetivo era obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios por un supuesto error judicial en la sentencia condenatoria, que ha sido desestimado¹⁵³.

Desde la doctrina algunos autores han propiciado soluciones distintas. En tal sentido, un sector entiende que basta con que el imputado resulte absuelto para que el Estado deba indemnizar, propugnando la aplicación expansiva de la doctrina del sacrificio especial en los casos de prisión preventiva ordenada, o donde no se opusieron los recursos procesales destinados a corregir la decisión jurisdiccional agravante¹⁵⁴.

En esta última corriente se enrola SAJD al sostener que si el reo no es condenado debe ser indemnizado por la prisión preventiva en todos los supuestos en base a los siguientes argumentos: a) El art. 18 de la Carta Magna hace responsable al juez por la mortificación innecesaria de los detenidos; b) La absolución o sobreseimiento de un detenido demuestra, finalmente, que la prisión preventiva fue una mortificación injustificada; c) El estado debe responder por los perjuicios ocasionado por la detención preventiva de quienes no son finalmente condenados, sea por actividad lícita o, bajo ciertas circunstancias por actividad ilegítima y 4) no resulta acorde a la axiología e ideología de la Constitución reparar la afectación de la propiedad por actividad estatal lícita y no hacerlo con las restricciones a la libertad cuando la causa de la actividad judicial igualmente lícita¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Fallos, 321:1712, "López" (1998), Fallos, 325:1855, "Robles" (2002).

¹⁵¹ Fallos, 322:2683, "Rosa" (1999).

¹⁵² Fallos, 311:1007, "Vignoni".

¹⁵³ Fallos, 332:552, "González Bellini" (2009).

¹⁵⁴ En esta postura se han alineado los siguientes autores: GHERSI, Carlos, "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del estado de "privación legítima de la libertad" y su obligación de reparación del daño individual", *J4*, N° 5867, 9-II-94; IBARLUCIA, Emilio, "La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o revocación de la prisión preventiva", *ED*, 03/02/98; PEREZ HUALDE, Alejandro, "Responsabilidad del Estado por prisión preventiva", en AA. VV., *XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, p. 389; BIDART CAMPOS, Germán, "¿Hay un derecho a la reparación por la privación preventiva de la libertad?", en *Revista de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 233.

¹⁵⁵ SAJD, José L., "Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva en todos los casos de absolución o sobreseimiento", Lexis Nexis online, n° 0003/014185.

4. La prolongación de la prisión preventiva

Sin embargo, en otro caso en donde se cuestionaba la prolongación de la prisión preventiva por el plazo de cuatro años la Corte Suprema señaló que "el mantenimiento de esa medida cautelar por los dos primeros años de detención constituyó el producto del ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez que no se advierte que los magistrados penales intervinientes hayan incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable" para luego agregar que la prolongación de tal medida restrictiva por encima de ese lapso "se fundó en meras afirmaciones genéricas y dogmáticas", lo que configuraba una deficiente prestación del servicio de justicia y hacia procedente el derecho a una indemnización¹⁵⁶.

En la causa "Putallaz"¹⁵⁷ el Alto Tribunal entendió que sólo se configura un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia por la prolongación de las medidas de coacción penal si se acredita que los magistrados intervinientes no han demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas aplicables al caso¹⁵⁸. En virtud de la escasez de antecedentes esta sentencia aparece como una variante novedosa en la construcción pretoriana de esta disciplina¹⁵⁹, habida cuenta que admite la indemnización reclamada al Estado por el incorrecto funcionamiento del servicio de justicia que terminó afectado el derecho de propiedad del actor al haberse visto privado del ejercicio de su profesión como consecuencia de haber sido sometido a un proceso penal, que luego terminó con la absolución.

A partir de ese panorama jurisprudencial, debe advertirse que no sólo las decisiones puntuales de los tribunales sobre una determinada cuestión pueden generar frente a un accionar antijurídico el derecho a la reparación, sino que ésta puede tener su origen también en la violación del principio de celeridad aplicable a los procesos de cualquier índole y que con mayor rigor se presentan en las causas penales, sobre todo por la importancia de los bienes en juego.

Más cerca en el tiempo, la Corte abordó nuevamente la cuestión al resolver la causa "Poggio"¹⁶⁰. El actor promovió demanda reclamando la indemnización por los daños y perjuicios que le provocó la privación de su libertad en virtud de la prisión preventiva dispuesta en su contra así como la duración irrazonable (más de 20 años) del juicio penal.

¹⁵⁶ Fallos, 322:2683, "Rosa".

¹⁵⁷ Fallos, 333:273, (2010).

¹⁵⁸ Fallos, 333:273, "Putallaz" (2010).

¹⁵⁹ En este sentido puede verse la causa "Román S.A.C." (Fallos, 317:1233) referida a una demanda por prohibición judicial de usar una determinada maquinaria, o la causa "Agropecuaria del Sur S.A." (Fallos, 328:3070) donde también se vio involucrado el derecho de propiedad.

¹⁶⁰ CSJN, 8/11/2011, "Poggio, Oscar Roberto c/ EN—M° de Justicia y Derechos Humanos—s/ daños y perjuicios", P. 686. XLV.

Según el Alto Tribunal “existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte, de acuerdo con las características particulares del proceso, excesivo o irrazonable.”

La Corte consideró que la duración del proceso por más de dos décadas había violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y del derecho de defensa del actor, lo que ponía de manifiesto que la demandada ha incurrido en un incumplimiento o ejecución irregular del servicio de administración de justicia a su cargo, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

5. Diferencias entre la falta de servicio y el error judicial

Cabe destacar que se considera que el factor de la responsabilidad del Estado por actividad jurisdiccional es el error judicial. Este es concebido como una especie de falta de servicio que tiene lugar cuando el poder judicial desarrolla su actividad de manera defectuosa o simplemente no funciona.

Es interesante indagarse si existen diferencias conceptuales entre la falta de servicio y el error judicial como factores de atribución de responsabilidad estatal por su actividad jurisdiccional.

Es que, según cierta tesitura doctrinaria no puede soslayarse que estamos en presencia de dos figuras distintas que proceden ante supuestos disímiles¹⁶¹, destacando que la responsabilidad *in iudicando*, reconoce su génesis a partir de la actuación judicial irregular en sentido estricto, es decir, frente a sentencias o autos interlocutorios en los cuales el magistrado interpreta equivocadamente el derecho o efectúa una incorrecta apreciación de los hechos¹⁶². La responsabilidad *in procedendo*, en cambio, incluye supuestos diversos con características diferenciadas, pero que permiten reconocerse a partir de un ejercicio irregular del sistema judicial no sólo referido a magistrados sino de todos los integrantes del Poder Judicial como los auxiliares y empleados: pérdida de documental, demora excesiva en los procesos, extravío de expedientes, etc. En estos supuestos hablamos de falta de servicio, factor de atribución objetivo¹⁶³. En tales casos, se ha señalado, no es necesaria la decisión previa sobre el error, ya que la cosa juzgada no tiene relevancia alguna¹⁶⁴.

¹⁶¹ TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado sobre responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 170.

¹⁶² ALVAREZ ALVAREZ, Fernando D., “El error judicial como causal de responsabilidad del Estado: evolución y perspectivas”, en AA. VV., *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 699.

¹⁶³ Fallos: 306:2030.

¹⁶⁴ RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “La responsabilidad del Estado por denegación de justicia”, *LL*, 2009-F-368.

Sin embargo, RAMOS MARTÍNEZ entiende que algunos supuestos ameritan una salvedad y menciona como ejemplos los casos de pérdida de documental o de expedientes, o dilatación excesiva del proceso, en donde “la víctima de la falta de servicio deberá acreditar que el haciendo uso de las vías procesales ordinarias, intentó hacer cesar el daño producto de la prestación irregular del servicio de justicia”¹⁶⁵.

6. Daños derivados de internaciones psiquiátricas

También se ha admitido desde la jurisprudencia pretensiones de esta especie. Así, la Corte consideró en un caso que la intervención de los funcionarios judiciales no había sido la apropiada ya que se propició una internación psiquiátrica involuntaria innecesaria, sin intentar un tratamiento voluntario alternativo, que vulneraba el principio que establece que todo paciente tiene derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en que vive a lo que se adicionaba la demora en que se había incurrido para disponer la externación¹⁶⁶.

7. La responsabilidad del Estado derivada del despacho de medidas cautelares

Se ha señalado que esa especie de reparación solo queda abierta cuando se demuestra la ilegitimidad de la medida de que se trate, lo que se dará únicamente cuando se revele como incuestionablemente infundada o arbitraria, pues es claro que ninguna responsabilidad estatal puede existir cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los jueces al convencimiento de la necesidad de su dictado¹⁶⁷.

X. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

1. Introducción

Así, como hemos visto que el Estado debe responder patrimonialmente por sus conductas activas dañosas, también debe hacerlo cuando una omisión provoca un perjuicio.

Es importante destacar, que esta especie de responsabilidad, ha incrementado su protagonismo en los últimos tiempos. Ello obedece, sin dudas, al aumento de las funciones a cargo del Estado y a la responsabilidad asumida por la administración pública en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

¹⁶⁵ RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “La responsabilidad del Estado por denegación de justicia”, *LL*, 2009-F-368.

¹⁶⁶ Fallos, 332:2098, “S. de B., M. del C.” (2009) Disidencia de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni.

¹⁶⁷ Fallos, 322:2525, “Mallmann” (1999), voto del juez Vázquez.

El reclamo permanente de los ciudadanos en materia de derechos sociales, tales como la salud, la educación, la vivienda, etc., amparado en los tratados de derechos humanos, ha provocado que frente a la inactividad estatal que genera un daño, los damnificados demanden al Estado por su omisión.

Es importante remarcar que para que se verifique esta especie de responsabilidad el Estado debe existir una omisión. Como veremos seguidamente, esa conducta debe ser antijurídica.

Desde una perspectiva errónea, la Ley de Responsabilidad Estado refiere a esa conducta objeto de reproche como inactividad¹⁶⁸, lo que implica consagrar una figura mucho más acotada. Ello, además, no se compadece con el criterio de la omisión utilizado por la Corte Suprema¹⁶⁹.

2. Recaudos de procedencia

A los efectos de la procedencia de esta especie de reparación se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Daño. Para que la reparación tenga lugar, la omisión estatal debe haber ocasionado un daño.

Es importante remarcar que la Corte Suprema no se ha detenido a tratar este elemento y a precisar sus alcances en esta especie de responsabilidad. Sin embargo, el Código Civil y Comercial señala que "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva"¹⁷⁰.

Por su parte, la Ley de Responsabilidad Estatal exige la concurrencia en el caso concreto de un daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.¹⁷¹

b) Factor de atribución. Sentado lo anterior, cabe ahora preguntarse cuál es el motivo por el cual puede imputarse responsabilidad al Estado por omisión. Este interrogante, ha sido contestado por la doctrina¹⁷² y por la Ley de Responsabilidad Estatal señalado que el factor de atribución que permite justificar la imputación de las consecuencias dañosas no es otro que la falta de servicio¹⁷³. En tal sentido, dicho

¹⁶⁸ Esta es la terminología que utiliza el art. 3° de la Ley 26.499.

¹⁶⁹ Fallos, 330:563 "Mosca" (2007).

¹⁷⁰ Art. 1737.

¹⁷¹ Art. 3°, inciso c.

¹⁷² GALDOS, Jorge Mario, "Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices", *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 31; SESIN, Domingo J., *Responsabilidad del Estado por omisión*, XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-AADA, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 252.

¹⁷³ Fallos, 330:563 "Mosca" (2007).

cuerpo normativo, para la procedencia de esta especie de reparación exige la concurrencia de la falta de servicio a la que define como una actuación u omisión irregular de parte del Estado¹⁷⁴.

En cambio, la Corte Suprema, como hemos visto, acepta también como factor de atribución al vicio¹⁷⁵ y riesgo¹⁷⁶.

c) Antijuridicidad. La conducta omisiva por parte del Estado debe ser contraria al ordenamiento jurídico.

Sentado ello y teniendo en cuenta que, en principio, se ha descartado la existencia de omisiones lícitas¹⁷⁷, la discusión ha girado en torno a determinar cómo se configura la antijuridicidad de la omisión. Es decir, ¿Debe existir una norma que obligue al Estado a actuar? ¿Cómo debe ser esa norma?

Con relación a este interrogante existen diversas posturas. Según una teoría, se entiende que el Estado debe responder únicamente cuando exista una disposición expresa que le obligue al Estado a actuar y éste omite hacerlo¹⁷⁸.

En este orden de ideas, la Ley de Responsabilidad Estatal se inscribe en esa corriente al prescribir que "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado"¹⁷⁹.

Otra corriente de pensamiento entiende que para que se configure la responsabilidad estatal no resulta necesario que exista una obligación o un deber formalmente impuesto por ley¹⁸⁰ sino que el deber de actuación puede tener base en el ordenamiento jurídico integralmente considerado, incluyendo pactos internacionales, principios generales del Derecho, etc. Esta teoría ha sido sostenida tanto desde la doctrina del derecho privado¹⁸¹ como del público¹⁸².

¹⁷⁴ Art. 3°, inciso d.

¹⁷⁵ Fallos, 317:144, "Bullorini" (1994).

¹⁷⁶ Fallos 315:2834, "Pose José Daniel c. Chubut, Provincia del y otras/ daños y perjuicios" (1992).

¹⁷⁷ A favor de la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión lícita puede verse: COMADIRA, Julio P., "Reflexiones sobre la responsabilidad del estado por omisión lícita", en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad estatal del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 397.

¹⁷⁸ MARIENHOFF, Miguel S., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", *RDAN* 19/20, Mayo-Diciembre 1995, p. 195; TAWL, Guido, "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado", *LL*, 1991-D-362.

¹⁷⁹ Art. 3°, inciso d.

¹⁸⁰ PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 405.

¹⁸¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., "Omisión que viola el deber legal de obrar impuesto formalmente", *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 19; BUESER, J. Alberto, "Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 33; PIZARRO, Ramón D., - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones 2*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 483; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 115 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en AA. VV. - BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), ZANONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984, ps. 92 y ss.

¹⁸² CASSAGNE, Juan C., "La responsabilidad del Estado por omisión", *LL*, 1989-C-512.

d) Relación de causalidad. Para que proceda la responsabilidad del Estado en este ámbito de la omisión debe existir, asimismo, vinculación causal entre la abstención o inactividad estatal y el daño causado.

No puede soslayarse que la Corte Suprema no ha seguido un criterio uniforme sobre el punto bajo análisis. En algunos casos, ha requerido la existencia de un vínculo directo entre la conducta estatal desplegada y el daño pero en otros precedentes, se adscribe claramente a la teoría de la causalidad adecuada¹⁸³.

La Ley de Responsabilidad Estatal, en cambio, si toma partido sobre el asunto al establecer que debe haber relación de causalidad adecuada entre la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue¹⁸⁴.

3. Jurisprudencia

A modo ilustrativo de cuál es la tendencia jurisprudencial actual traemos a colación una sentencia de la Corte Suprema dictada en el año 2010 en la causa "P. de P., E. P. y otro c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba"¹⁸⁵. Allí los padres de un menor de edad que había sido asesinado —según los demandantes— por los compañeros de un internado dependiente de la provincia accionada solicitaron se lo condene a la reparación de los daños derivados por haber omitido cumplir con sus obligaciones de cuidado.

Cabe destacar que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba había rechazado el reclamo de los actores en base a que no había existido relación de causalidad entre el resultado dañoso (suicidio) y el obrar de la Provincia demandada en razón de haberse quebrado el nexo causal ante la configuración de la eximente "culpa de la víctima" y que "el hecho de que el suicidio hubiera acontecido en dependencias del establecimiento provincial constituía un hecho casual no enrostrable al Estado guardador, el que había cumplido debidamente su función tuitiva"; entre otras cuestiones.

La Corte federal revocó dicho decisorio y sostuvo que lo que se discutía en el caso era un supuesto de responsabilidad por falta de servicio la que puede configurarse tanto por hechos como por omisiones en base al art. 1112 del CC. En lo que aquí interesa, sostuvo que "debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una

serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar".

En definitiva, al dejar sin efecto el fallo la Corte concluyó que la provincia demandada había violado la Convención de los Derechos del Niño cuando prescribe que "Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada"¹⁸⁶.

Como puede apreciarse para la Corte, la responsabilidad por omisión queda englobada dentro de la falta de servicio y para que proceda la reparación no resulta necesario que el deber de actuar estatal esté extremadamente precisado en una norma sino que basta con que del ordenamiento integralmente considerado surja la obligación de actuar.

XI. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y PANDEMIA

Como hemos visto, la emergencia sanitaria declarada por el DNU 260/20 ha generado numerosas consecuencias y ha habilitado el dictado de numerosas normas que restringieron los derechos constitucionales disponiendo, entre otras cuestiones, el Aislamiento, Social, Preventivo y Obligatorio (DNU 297/20, prohibición de ingreso al territorio nacional (DNU 274/20)

Tales medidas pueden dar lugar a responsabilidad del Estado por actividad ilícita o por actividad lícita, en el caso en que sean consideradas ilegítimas o legítimas, respectivamente.

En el primer caso, deberá ponderarse en el caso concreto si las medidas restrictivas se corresponden con los derechos que tutela la Constitución Nacional. Ello dado que conforme lo afirmado por la Corte Suprema las restricciones impuestas por el gobierno debido a la emergencia sanitaria "*deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales*"¹⁸⁷.

En el supuesto de la responsabilidad del Estado por actividad lícita resultará necesario indagar si la medida atacada importa un sacrificio especial.

¹⁸³ SANMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA. VV. *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 431 y ss.

¹⁸⁴ Art. 3°, inciso c.

¹⁸⁵ Fallos, 333:2426 (2010).

¹⁸⁶ Art. 33.

¹⁸⁷ CSJN, 19/11/20, Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo — amparo colectivo (expediente digital). Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo — amparo colectivo (expediente digital).

XII. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Introducción

Antes de ingresar en este tema debemos aclarar que el funcionario o empleado público puede incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria o patrimonial. Este último supuesto es el que abordaremos a continuación.

Cabe recordar que según la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la Ley de Responsabilidad Estatal¹⁸⁸ la responsabilidad del Estado es directa, lo que, como vimos, implica que se imputan al Estado —a partir de la aplicación de la teoría del órgano— todas aquellas conductas realizadas por los funcionarios y empleados públicos.

A partir de ello, podemos preguntarse en qué casos y bajo qué condiciones cabe responsabilizar de manera exclusiva a los empleados o funcionarios públicos.

2. La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil

La discusión doctrinaria sobre este asunto giró tradicionalmente en derredor de la interpretación que debía asignarse a art. 1112 de Código Civil.

Para algunos esa disposición regulaba la responsabilidad directa por hecho propio de los empleados y funcionarios públicos y no la del Estado. Otra postura, en cambio, sostuvo que lo que Vélez Sarsfield buscó fue regular la responsabilidad del Estado por falta de servicio del funcionario que se halla a cargo del Estado. Esta corriente entiende que las conductas del funcionario público deben juzgarse a partir de lo preceptuado en el art. 1109 del Código Civil.

En general, existe consenso en que para que responda exclusivamente el funcionario o empleado público por configurarse una falta personal es necesaria la presencia de dolo en su actuar y que se halle en ocasión o ejercicio de sus funciones. Para otros¹⁸⁹, incluso, la falta personal también se configura cuando el funcionario actúa con negligencia, impericia o indolencia, es decir cuando hay culpa, la que se presume cuando su actuación ha sido irregular¹⁹⁰.

3. La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial

La Comisión Redactora de dicho cuerpo normativo incluyó el art. 1765 mediante el cual previó la responsabilidad del funcionario y del empleado público por los da-

ños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo; la que resulta concurrente con la del Estado.

Como hemos visto, esta cuestión fue retocada por el Poder Ejecutivo y la norma actualmente vigente remite a la regulación que pueda hacer el derecho local, la que deberá amalgamarse a las previsiones contenidas en las constitucionales provinciales.

4. La Ley federal de Responsabilidad Estatal

a) Aspectos generales

Este novel cuerpo normativo regula expresamente la temática de la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por sus conductas activas y pasivas¹⁹¹, reproduciendo, en algún sentido, el art. 1112 de Código Civil¹⁹².

Es importante remarcar que no existe una definición de funcionario o empleado público por parte del Legislador con lo cual pueden ser demandados todos los agentes que integren cualquiera de los tres poderes del Estado.

Tampoco, existe una diferenciación entre empleados y funcionarios con lo cual se aplican las mismas reglas a ambos.

b) Recaudos de procedencia

Para la procedencia de esta especie de responsabilidad se exige la concurrencia de los siguientes recaudos:

a) Que la conducta dañosa sea el producto del ejercicio de sus funciones. El daño debe haberse producido mediante el desempeño de sus funciones o en ocasión de las mismas.

b) Que exista una conducta u omisión irregular. Para determinar la antijuridicidad de la conducta activa u omisiva debe estarse a la normativa que regula la actividad del agente.

c) Que incurra en culpa¹⁹³ o dolo¹⁹⁴. El factor de atribución de la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos es de carácter subjetivo, a diferencia de la responsabilidad del Estado que es objetiva, como vimos.

¹⁹¹ Art. 9°.

¹⁹² HUTCHINSON, Tomás, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", en AA.VV. - ROSATI, Horacio (director), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 294.

¹⁹³ De acuerdo a las prescripciones del Código Civil y Comercial la culpa "consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión" (art. 1724).

¹⁹⁴ El Código Civil y Comercial establece que "El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1724).

¹⁸⁸ Art. 1°.

¹⁸⁹ ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Lecciones de derecho administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 383.

¹⁹⁰ PIZZARO, R., *Responsabilidad del Estado...*, ob. cit., p. 336.

La normativa en cuestión admite la atribución de responsabilidad tanto en los casos de culpa o dolo, con lo cual queda abierto todo el abanico de posibilidades para demandar al funcionario o empleado público.

c) Aspectos procesales

La Ley de Responsabilidad Estatal también contiene cuestiones vinculadas al aspecto procesal.

La norma habilita a que el funcionario pueda ser demandado individualmente o conjuntamente con el Estado. La pretensión resarcitoria, en tal caso, prescribe a los tres años.

A su vez, si el Estado resulta condenado en juicio por los daños causados por funcionarios o empleados públicos queda expresamente autorizado a promover la acción de repetición. La prescripción de esta última acción se produce a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

XIII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO EN EL DERECHO LOCAL

Como hemos visto, con el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación la regulación de la responsabilidad del Estado pasó a ser local. En ese marco varias provincias e, incluso municipios¹⁹⁵, dictaron su propio régimen.

A continuación analizaremos los principales sistemas existentes en la actualidad.

1. Chubut

La Carta Magna local contiene previsiones que regulan la cuestión concerniente a la responsabilidad del Estado y del funcionario público.

Allí, se pena toda violencia física o moral ejercida mediante pruebas psicológicas o de cualquier otro orden que alteren la personalidad del individuo sujeto o no a cualquier restricción de su libertad. Nadie puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la dignidad de la persona humana. Los funcionarios de cualquier rango que sean autores, partícipes o encubridores de desaparición forzada de personas, tratos crueles, degradantes o de alguna forma inhumanos y los que los toleren o consientan, son exonerados del servicio al que pertenecen e inhabilitados de por vida para acceder a la función pública, sin perjuicio de las penas que les corresponden. La obediencia debida en ningún caso excusa de esta responsabilidad¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Como aconteció en el municipio cordobés de Río Tercero.

¹⁹⁶ Art. 48.

Por otro lado, se establece que "El Estado garantiza la plena reparación de los datos causados por error judicial, sin otro requisito que su demostración. Especialmente indemniza los daños ocasionados por la indebida privación de la libertad, su indebido agravamiento o por incumplimiento de los preceptos referidos al tratamiento de detenidos y presos"¹⁹⁷.

Luego, se dispone que todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aún el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que den lugar en el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los municipios se encuentran obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex-funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición¹⁹⁸.

La Provincia y los municipios como personas civiles pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno¹⁹⁹.

Por último, se estipula que corresponde al Poder Legislativo el dictado de leyes estableciendo los medios para hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios, especialmente las de los administradores de dineros públicos²⁰⁰.

Las prescripciones relativa a esta materia están contenidas en la Ley In° 560. Dicho cuerpo normativo regula la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. Se caracteriza a esta especie de responsabilidad como objetiva y directa²⁰¹.

La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas de acuerdo a la modalidad y contrato de que se trate. Sin embargo, en caso de ausencia de regulación, se aplica la ley objeto de comentario en forma supletoria, incluso el plazo de prescripción de tres años²⁰².

Asimismo, se dispone que las disposiciones del Código Civil no resultan aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria²⁰³.

Luego, se consagran las siguientes eximentes de responsabilidad estatal: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por Ley especial y b) Cuando el daño se

¹⁹⁷ Art. 60.

¹⁹⁸ Art. 69.

¹⁹⁹ Art. 98.

²⁰⁰ Art. 135, inciso 9.

²⁰¹ Art. 1°.

²⁰² Art. 8°.

²⁰³ Art. 1°.

produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder²⁰⁴.

Asimismo, se establece que el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada²⁰⁵.

Se recepta expresamente la responsabilidad del Estado por actividad legítima, indicándose que la misma es de carácter excepcional. En cuanto al alcance de la reparación en estos casos se prescribe que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización²⁰⁶.

Los requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima son los que a continuación se mencionan: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido²⁰⁷.

Los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima son los siguientes: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue y d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado²⁰⁸.

El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita²⁰⁹.

El interesado puede deducir la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción ante el Superior Tribunal de Justicia o, una vez firme y consentida la sentencia declarativa de nulidad, de inconstitucionalidad o de restablecimiento del derecho, la demanda resarcitoria ante el juez civil de la jurisdicción que corresponda²¹⁰.

Cuando el demandado fuere un Estado Municipal, el interesado se puede deducir la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción ante el juez civil, o directamente ante la Cámara de Apelaciones de la jurisdicción que corresponda²¹¹.

Ejercida la acción de plena jurisdicción, la producción de toda prueba que tenga por objeto la cuantificación del daño puede ser diferida, de oficio o a petición de parte, a la etapa de ejecución de sentencia²¹².

Constituye requisito previo a la deducción de la demanda resarcitoria, con o sin fundamento en una previa sentencia declarativa de nulidad o de restablecimiento del derecho, la reclamación prevista en el Régimen de Procedimiento Administrativo (Ley IN° 18)²¹³.

La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen²¹⁴. En estos supuestos la pretensión resarcitoria prescribe a los tres años de generado el daño. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización²¹⁵.

A los fines de la acción de repetición en los casos de condena judicial contra la Provincia o un ente autárquico provincial por los hechos u omisiones imputables a sus funcionarios o agentes públicos, la sentencia respectiva debe determinar si medió falta personal de los mismos por la que deben responder frente a aquéllos²¹⁶.

2. Mendoza

La Ley Fundamental regula la materia relativa a la responsabilidad del Estado y del funcionario público.

Por un lado, se establece que el Estado como persona jurídica, puede ser demandado ante la justicia ordinaria, sin necesidad de autorización previa del Poder Legislativo y sin que el juicio deba gozar de privilegio alguno²¹⁷.

²⁰⁴ Art. 2°.

²⁰⁵ Art. 6°.

²⁰⁶ Art. 5°.

²⁰⁷ Art. 4°.

²⁰⁸ Art. 3°.

²⁰⁹ Art. 7°.

²¹⁰ Art. 9°.

²¹¹ Art. 10.

²¹² Art. 11.

²¹³ Art. 12.

²¹⁴ Art. 13.

²¹⁵ Art. 14.

²¹⁶ Art. 15.

²¹⁷ Art. 40.

Por el otro, se estipula que corresponde al Poder Legislativo el dictado de leyes estableciendo los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y empleados públicos²¹⁸.

Mediante la ley 8968 se dictó la ley que rige la responsabilidad patrimonial del Estado en la Provincia de Mendoza por los daños causados por sus actividades específicas de Poder Público.

Dicho cuerpo normativo es aplicable a todos los sujetos que conforman el Sector Público Provincial o Municipal pero no se aplica a los supuestos de responsabilidad originada en la actuación de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que sujetos del Sector Público Provincial desplieguen bajo un régimen de derecho común, en igualdad de condiciones y circunstancias al que rige la actividad privada, quedando sujeta al sistema de responsabilidad patrimonial propio de dichas relaciones²¹⁹.

La responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva y directa²²⁰.

Asimismo, se dispone que la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser excluida o limitada en los siguientes supuestos: a) Cuando los daños y perjuicios se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que hayan sido asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) En la medida que el daño se haya producido por hechos imputables a la víctima o a un tercero por quien el Estado no deba responder. c) Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquél no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso²²¹.

La reparación del daño debe ser plena, de conformidad a lo previsto por el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), salvo las limitaciones que establece la ley bajo comentario, que surjan de leyes especiales o resulten razonables de conformidad a los principios de atenuación de la responsabilidad previstos por el artículo 1742 de la aludida normativa civil²²².

El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual y su cómputo se rigen por las reglas establecidas en el CCC²²³.

Se establecen como requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima, los siguientes: a) Daño debidamente acreditado por quien lo invoca; b) Atribución material de la acción u omisión a un órgano estatal; c) Relación

²¹⁸ Art. 99, inciso 11.

²¹⁹ Art. 1°.

²²⁰ Art. 6°.

²²¹ Art. 3°.

²²² Art. 5°.

²²³ Art. 4°.

de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio, consistente en una violación o anomalía frente a las obligaciones del funcionamiento regular de la Administración Pública. Para calificar la falta de servicio, se deberá tener en cuenta: 1) la naturaleza de la actividad; 2) los medios de que dispone el servicio; 3) el vínculo que une a la víctima con el servicio; y, 4) el grado de previsibilidad del daño²²⁴.

También se regulan los supuestos de omisión señalando que sólo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa, o de deberes indeterminados, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativo o cuantitativamente; b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar²²⁵.

Es importante tener presente que el interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de los actos administrativo o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirven de presupuesto²²⁶.

También se regula la responsabilidad del Estado por actividad legítima señalando que la misma es de carácter excepcional. Esta responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente, entendiéndose por tal los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación legítima del órgano estatal. En caso que sea afectada la continuación de una actividad, la reparación del daño emergente incluirá la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. No procede la reparación del lucro cesante causado por actividad legítima, ni se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización²²⁷.

Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima los siguientes:

a) Daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca; b) Atribución material de la actividad lesiva a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño, dado por la falta de causa jurídica que lo justifique; y, e) Sacrificio especial del

²²⁴ Art. 7°.

²²⁵ Art. 8°.

²²⁶ Art. 9°.

²²⁷ Art. 10.

damnificado, configurado por la existencia de un desigual reparto de las cargas públicas²²⁸.

También se contempla la responsabilidad del funcionario o agente público cuando cause un daño incurriendo en culpa grave o dolo en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o agente público y del Estado son concurrentes cuando aquellos hubieren obrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas; de lo contrario, sólo responderá el Estado frente a terceros. Prescripción. La pretensión resarcitoria de los particulares contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres años²²⁹.

3. Santa Cruz

La Carta Magna local contiene previsiones que regulan la responsabilidad del Estado y del funcionario público.

Por un lado, se estipula que "Toda ley, decreto u orden contrarios a los principios, derechos o garantías que esta Constitución consagra, no podrán ser aplicados por los jueces. Todo individuo que por tales leyes, derechos u órdenes sea lesionado en sus derechos, tiene acción civil para pedir indemnización por los perjuicios que se le hayan causado, contra el empleado, funcionario o mandatario que los hubiera dictado, autorizado o ejecutado"²³⁰.

A su vez, se establece que una ley debe establecer indemnización para quienes habiendo estado detenidos por más de sesenta días fueran absueltos o sobreesidos definitivamente²³¹. Según nuestra opinión, esta cláusula es operativa y el reclamo indemnizatorio no puede quedar sujeto al dictado de una ley.

La regulación de la materia está contenida en la Ley n° 3396 ya que dicha provincia adhirió a la Ley Nacional n° 26.944²³² de Responsabilidad Estatal que ya hemos desarrollado²³³.

En virtud de ello, se dispuso que el Estado Provincial es responsable por los daños ocasionados por los Concesionarios de Servicios Públicos o Contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio²³⁴.

Asimismo, se invita a los Municipios a adherir a los términos de la dicha ley²³⁵.

²²⁸ Art. 11.

²²⁹ Art. 16.

²³⁰ Art. 17.

²³¹ Art. 29.

²³² Cabe recordar que mediante el art. 11 de dicha regulación federal se dispuso lo siguiente: "Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos".

²³³ Art. 1°.

²³⁴ Art. 2°.

²³⁵ Art. 3°.

4. Entre Ríos

La Ley Fundamental regula la responsabilidad del Estado y del funcionario público. Por un lado, establece que los funcionarios y empleados son individualmente responsables de los daños causados a terceros o al Estado por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones. La Provincia no es responsable de los actos que los funcionarios y empleados practiquen fuera de sus atribuciones, salvo los casos que la ley determine²³⁶.

Por otro lado, se prescribe que la Provincia, como persona civil, puede ser demandada ante sus propios tribunales, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de competencia federal, sin necesidad de autorización previa del Poder Legislativo y sin privilegio alguno²³⁷.

También, se señala que le corresponde al Poder Legislativo el dictado de las leyes que establezcan los medios de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios y, especialmente, de los recaudadores de renta, tesorero de la Provincia y demás administradores de dineros públicos²³⁸.

Esta Constitución declara que los recursos de los municipios y comunas son indispensables para el normal funcionamiento de los servicios públicos, independientemente de que aquellos como personas jurídicas públicas puedan ser judicialmente demandados, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno.

Por último, también se contempla la responsabilidad de los municipios²³⁹.

A su vez, mediante la Ley 10.636 se regula la responsabilidad del Estado Provincial, municipios, comunas, entes autárquicos, descentralizados y demás entes públicos estatales provinciales, municipales o comunales, en todas sus manifestaciones y niveles, por los daños que su acción u omisión les produzca a los bienes o derechos de las personas.

Se considera que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa²⁴⁰.

Son requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima los siguientes: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una acción u omisión irregular por parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber de actuación. Para calificar la falta de servicio, se deberá tener en cuenta: d.1. La naturaleza de la actividad; d.2. Los me-

²³⁶ Art. 44.

²³⁷ Art. 46.

²³⁸ Art. 122, inciso 15.

²³⁹ Art. 248.

²⁴⁰ Art. 1°.

dios de que dispone el servicio; d.3. El vínculo que une a la víctima con el servicio; y d.4. El grado de previsibilidad del daño²⁴¹.

Por otro lado se señala que son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad legítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido²⁴².

Asimismo, se prescribe que el Estado responde objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. Dicha responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro²⁴³.

El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual, y su cómputo, se rigen por las reglas establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación²⁴⁴.

La acción u omisión de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que le están impuestas, los hace responsables de los daños que causen a terceros o al Estado. La pretensión resarcitoria prescribe a los tres años²⁴⁵.

La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas pero en caso de ausencia de regulación, se aplica este régimen en forma supletoria²⁴⁶.

5. Río Negro

La Carta Magna contiene algunos preceptos que hacen referencia a la responsabilidad del Estado y del funcionario público. Allí, se dispone que los agentes públicos son personalmente responsables de los daños y perjuicios causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones²⁴⁷.

Además, se prescribe que la Provincia y los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones y que son demandables sin necesidad de autorización previa²⁴⁸.

Por su parte, la Ley 5339 rige la responsabilidad de la Provincia de Río Negro por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas²⁴⁹, quedando incluida: a) La administración provincial, conformada por la administración central, Poderes Legislativo y Judicial, los organismos descentralizados y los Entes de Desarrollo que crea el artículo 110 de la Constitución Provincial; b) Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas y todas aquellas empresas donde el Estado tiene participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, excepto cuando el supuesto involucre el ejercicio de la actividad industrial o comercial propia de aquellas²⁵⁰.

Se considera que la responsabilidad del Estado Provincial es objetiva y directa²⁵¹.

Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, lo siguientes: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado y e) La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado²⁵².

También se contemplan los casos de responsabilidad estatal por actividad legítima, que se considera excepcional²⁵³. Para su procedencia se requieren los siguientes requisitos: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño y e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido²⁵⁴.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta

²⁴¹ Art. 4°.

²⁴² Art. 5°.

²⁴³ Art. 6°.

²⁴⁴ Art. 7°.

²⁴⁵ Art. 8°.

²⁴⁶ Art. 10.

²⁴⁷ Art. 54.

²⁴⁸ Art. 55.

²⁴⁹ Art. 1°.

²⁵⁰ Art. 2°.

²⁵¹ Art. 3°.

²⁵² Art. 4°.

²⁵³ Art. 12.

²⁵⁴ Art. 11.

circunstancias de carácter personal, valores afectivos, beneficio económico esperado, ganancias dejadas de percibir ni las hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan responsabilidad del Estado²⁵⁵.

La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen²⁵⁶.

El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual o contractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños se encuentre expedita. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres años²⁵⁷.

La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas, excepto en lo que respecta al plazo de prescripción. En caso de ausencia de regulación, se aplica el régimen objeto de comentario²⁵⁸.

ANEXO

CAPÍTULO I

Jurisprudencia

- Fallos, 315:2990, "Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos" (1992).
 Fallos, 313:1513, "Peralta" (1990).
 Fallos, 311:260, "Persoglia" (1988).
 Fallos, 40:405, "Baca"
 Fallos, 311:2423, "Sanchíz Ferrero" (1988).
 Fallos, 331:536, "Charpin" (2008).
 Fallos, 329:4944, "Bianchi" (2006).
 Fallos, 247:646, "Fernández Arias" (1960).
 Fallos, 328:651, "Ángel Estrada" (2005).
 Fallos, 335:452, "Q.C.S.Y" (2012).
 Fallos, 320:1191, "Emisiones Platenses" (1997).
 Fallos, 329:4542, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires" (2006).
 Fallos, 327:548, "Degremont Sociedad Anónima" (2004).
 Fallos, 320:2509, "Solá y otros" (1997).
 Fallos, 301:1103, "Ojeda" (1979).
 Fallos, 304:1710, "Ferro" (1982).
 Fallos, 320:147, "Guasti" (1997).
 Fallos, 329:1723, "Carranza Latrubesse" (2006).
 Fallos, 306:126, "Fadlala de Ferreyra" (1984).
 Fallos, 321:3103, "Demchenko" (1998).
 Fallos, 320:2298, "Mocchiutti" (1997).
 Fallos, 320:2509, "Solá" (1997).
 Fallos, 321:1784, "Maruba" (1998).
 Fallos, 244:548, "López de Reyes" (1949).
 Fallos, 326:2896, "Medina" (2003).

²⁵⁵ Art. 12.

²⁵⁶ Art. 7°.

²⁵⁷ Art. 15.

²⁵⁸ Art. 19.

CAPÍTULO II

Jurisprudencia

CIDH "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" 26/09/06.
 CIDH "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" 24/11/06.
 CIDH "Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil" 24/11/10.
 CIDH "Cabrera García y Montiel Flores vs. México" 26/11/10.
 CIDH "Furlán y Familiares vs. Argentina" 31/08/12.
 CIDH "Barrios Altos vs Perú", 14/03/01.
 CIDH "Tribunal Constitucional vs. Perú" 31/01/01.
 CIDH "La Cantuta" 29/11/06.
 CIDH "Bayarri vs. Argentina" 30/10/2008.
 CIDH "Myrna Mack Chang vs. Guatemala" 25/11/03.
 CIDH "Gelman vs. Uruguay - Supervisión de Cumplimiento de Sentencia" 20/03/13.
 CSJN "Madorrán" Fallos: 330:1989 (2007).
 CSJN "Acosta" Fallos: 335:533 (2012).
 CSJN "Ekmekdjian" Fallos: 315:1503 (1992).
 CSJN "Fibraca" Fallos: 316:1669 (1993).
 CSJN "Cafés La Virginia S.A." Fallos: 317:1282 (1994).
 CSJN "Videla" Fallos: 333:1657 (2010).
 CSJN "Girolodi" Fallos: 318:514 (1995).
 CSJN "Espósito" Fallos: 327:5668 (2004).
 CSJN "Casal" Fallos: 328:3399 (2005).
 CSJN "Monges" Fallos: 319:3148 (1996).
 CSJN "Chocobar" Fallos: 319:3241 (1996).
 CSJN "Simón" Fallos: 328:2056 (2005).
 CSJN "Bramajo" Fallos: 310:1840 (1996).
 CSJN "Acosta" Fallos: 321:3555 (1998).
 CSJN "Felicetti" Fallos: 323:4130 (2000).
 CSJN "Cantos" Fallos: 326:2968 (2003).
 CSJN "Arancibia Clavel" Fallos: 327:3294 (2004).
 CSJN "Mazzeo" Fallos: 330:3248 (2007).
 CSJN "Videla" Fallos: 333:1657 (2010).
 CSJN "Rodríguez Pereyra" Fallos 335:2333 (2012).
 CSJN "SA Ganadera Los Lagos vs. Nación Argentina" Fallos: 190:142 (1941).
 CSJN "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario" Fallos: 306:303 (1984).
 CSJN "Mill de Pereyra" Fallos: 324:3219 (2001).
 CSJN "Banco Comercial de Finanzas" Fallos: 327:3117 (2004).
 CSJN, "Fontevicchia", 17/02/2017.

CAPÍTULO III

Legislación

Decreto 1172/03
 Ley 25.148
 Ley 26.122

Jurisprudencia

Fallos, 332:111, "Halabi" (2009).
 Fallos, 318:1154, "Video Club Dreams" (1995).
 CSJN 26/12/96, "Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires",
 JA 1998-I-348.
 Fallos, 148:430, "A.M. Delfino y cia" (1927).
 Fallos, 237:636, "Mouviel".
 Fallos, 316:2624, "Cocchia".
 Fallos, 331:2406, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal".
 Fallos, 313:1513, (1990).
 Fallos, 269:393, "Mate Larenjeira Mendes S.A." (1967).

CAPÍTULO IV

Legislación Nacional

Decreto-ley 15.349/46, ratificado por la ley 12.962 (B.O. 27/06/47).
 Ley 13.653 (B.O. 31/10/49).
 Ley 20.705 (B.O. 26/08/74).
 Art. 308 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (B.O. 27/04/72).
 Ley 19.983 (B.O. 05/12/72).
 Ley 23.696 (B.O. 23/08/89).
 Ley 25.561 (B.O. 07/01/02).
 Decreto 2284/91 (B.O. 01/11/91).
 Decreto 1570/01 (B.O. 03/12/01).
 Decreto 214/02 (B.O. 04/02/02).
 Ley 27.541 (B.O. 23/12/19).
 Decreto N° 260/2020 (B.O. 12/03/2020).

Provincia de Córdoba

Ley 8938 (B.O. 08/08/01).
 Ley 9156 (B.O. 16/04/04).

Decreto N° 2565/2011 ratificado por la ley 10.029 (B.O. 29/12/11).
 Ley 9050 (B.O. 25/10/2002).
 Ley 10.351 (B.O. 14/06/16).
 Ley 10.618 (B.O. 27/03/19).

Jurisprudencia

CSJN "Vadell", Fallos: 306:2030, (1984).
 CSJN "Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco de la Nación Argentina",
 Fallos: 326:1355 (2003).
 CSJN "Facultad de Ciencias Médicas (UNLP) c/ Universidad Nacional de La Plata
 s/ nulidad de actos administrativos" Fallos: 331:2257 (2008).

CAPÍTULO V

Legislación Nacional

Constitución Nacional, art. 43.
 Código Civil y Comercial de la Nación.
 Decreto 1172/2003 (B.O. 04/12/03).
 Ley 27.275 (B.O. 29/09/2016).
 Acordada 32/2014 de la CSJN.
 Acordada 12/2016 de la CSJN.

Provincia de Córdoba

Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Córdoba N° 6658
 (B.O. 24/11/81).
 Ley 8803 (B.O. 15/11/99).

Jurisprudencia

CSJN "Prodelco", Fallos: 321: 1252 (1998).
 CSJN "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional",
 Fallos: 330: 2800 (2007).
 CSJN "Halabi", Fallos: 332:111, (2009).
 CSJN "Colegio Público de Abogados de Capital Federal", (07/10/03).
 CSJN "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos", Fallos: 326:2998 (2003),
 CSJN "Cámara de Comercio e Ind. y Prod. de Rcia. c/ AFIP s/ amparo",
 Fallos: 326:3007 (2003).
 CSJN "Baeza", Fallos: 306:1125 (1984).
 CSJN "Constantino Lorenzo", Fallos: 307: 2384 (1985).

CSJN "Rodriguez", Fallos: 320:2851 (1997).
 CSJN "Zaratiegui", Fallos: 311:2580 (1988).
 CSJN "Dromi", Fallos: 313-863 (1990).
 CSJN "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492 (1992).
 CSJN "Consumidores Libres", Fallos: 321:1352 (1998).
 CSJN "A.G.U.E.E.R.A.", Fallos: 320:690 (1997).
 CSJN "Asociación Benghalensis", Fallos: 323: 1339 (2000).
 CSJN "Mignone", Fallos: 325: 524 (2002).
 CSJN "Sindicato Argentino de Docentes Particulares", Fallos: 326:2150 (2003).
 CSJN "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Resistencia c/ Administración
 Federal de Ingresos Públicos", Fallos: 325:669 (2002).
 CSJN "Cámara de Comercio, Industria y Producción c/ A.F.I.P.",
 Fallos: 326:3007 (2003).
 CSJN "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional",
 Fallos: 326:2998 (2003).
 CSJN "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", Fallos: 326:4931 (2003).
 CSJN "Verbitsky", Fallos: 328:1146 (2005).
 CSJN "Ministerio de Salud", Fallos 329:4741 (2006).
 CSJN "Mendoza", Fallos: 329: 2316 (2006).
 CSJN "Mujeres por la Vida", Fallos: 329:4593 (2006).
 CSJN "Defensor del Pueblo de la Nación", Fallos: 330:2800 (2007).
 CSJN "Ramírez", Fallos: 330:2548 (2007).
 CSJN "Zatloukal", Fallos: 331:1364 (2008).
 CSJN "Ianuzzi", Fallos: 331:2287 (2008).
 CSJN "Cavaliere", Fallos: 335: 1080 (2012).
 CSJN "PADEC c/ SWISS MEDICAL S.A. s/ Nulidad de cláusulas
 contractuales, (2013).
 CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/
 sumarísimo", 06/03/14.
 CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/
 La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario", 24/06/14.
 CSJN, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú
 Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario", 24/06/14.
 CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - Sec. Transporte - dto.
 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2, CPCC)", 24/06/14.
 CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y
 otro s/ amparo ley 16.986", 24/06/14.
 CSJN, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Municipalidad
 de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo", 23/09/14.
 CSJN, "Consumidores Financieros Asociación civil para su defensa c/ Prudencia
 Cia. Argentina de Seguros Grales. S.A. s/ordinario", 27/11/14.

CSJN, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo", 02/12/14.

CSJN, "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", 10/02/15.

CSJN, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros", 10/02/15.

CSJN, "García, José y otros el PEN y otros s/ amparo ley 16.986", 10/03/15.

CSJN, "Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro", 15/04/15.

CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/16.

CSJN, "Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional- Ministerio de Energía y Minería y otros s/ amparo ley 16.986", 06/09/16.

CSJN, "Provincia de Formosa c/ Estado Nacional s/ amparo", 17/12/20.

Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 2, "Kattán, Alberto y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional" *ED*, 105-245, (1983).

CAPÍTULO VI

Legislación Nacional

Ley 24.156

Ley 25.233

Ley 21.383

Legislación Provincial

Ley 9086

Ley 24.284

Ley 24.946

Jurisprudencia

Fallos: 314:1091, "Molinas" (1991).

CAPÍTULO VII

Legislación Nacional

Ley 19.549

Ley 26.854

Ley 25.188

Ley 16.986

Legislación Provincial

Ley 5350 T.O. 6658

Jurisprudencia

Fallos 293:133, "Pustelnik" (1975).

Fallos 321:2288, "Antinori" (1998).

Fallos 322:1208, "Loma Negra CIASA" (1999).

Fallos 323:3139 y *JA*, 2001-IV-240, "Distribuidora de Gas Pampeana S.A." (2000).

Fallos 277:205, "Hochbaum" (1970).

Fallos 299:417, "Richter" (1977).

Fallos 307:444 y *JA*, 1985-IV-191, "País Ahumada" (1985).

Fallos 331:1715, "Mantecón Valdés" (2008).

Fallos 306:400, "Arenzón" (1984).

Fallos 321:3103, "Demchenko" (1998).

Fallos 321:174 "S.A. Organización Coordinadora Argentina" (1998).

Fallos 325:1038, "Adidas Argentina y otros" (2002).

Fallos 329:4542, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires" (2006).

Fallos 322:235, "Russo" (1999).

Fallos 305:1878, "Cas TV S.A." (1983).

CNac. Contadm. Fed., Sala I, 20/11/03, "Mattera, Marta del Rosario c/ Consejo de la Magistratura Nacional - resol. 399/01".

Fallos 190:142, "Los Lagos" (1941).

Fallos 241:291, "Kot" (1958).

Fallos 145:307 "Bourdie" (1925).

Fallos 296:672, "Metalmecánica S.A." (1976).

Fallos 321:169, "Almagro Gabriela y otra" (1998).

Fallos 332:1367 "Zonas Francas Santa Cruz S.A." (2009).

CAPÍTULO VIII

Normativa Nacional

Ley Nº 13.064 (B.O. 28/10/47).

Ley 17.520 (B.O. 13/11/67).

Ley Nº 19.549 (B.O. 27/04/72).

Ley 21.391 (B.O. 26/08/76).

Ley 21.392 (B.O. 26/08/76).
 Ley 23.696 (B.O. 23/08/89).
 Ley 23.928 (B.O. 28/03/91).
 Ley 24.156 (B.O. 29/10/92).
 Ley 25.551 (B.O. 31/12/01).
 Ley 25.561 (B.O. 06/01/02).
 Ley 27.401 (B.O. 01/12/2017).
 Ley 27.541 (B.O. 23/12/2019).
 Decreto 436/00 (B.O. 05/06/00).
 Decreto 1023/01 (B.O. 16/08/01).
 Decreto 1600/02 (B.O. 29/08/02).
 Decreto 311/03 (B.O. 04/07/03).
 Decreto 893/12 (B.O. 14/06/12).
 Decreto 941/91 (B.O. 17/05/91).
 Decreto 1312/93 (B.O. 30/06/93).
 Decreto 2875/75 (B.O. 27/10/75).
 D.N.U. 260/2020 (B.O. 12/03/2020).
 D.N.U. 287/2020 (B.O. 18/03/2020).
 D.N.U. 297/2020 (B.O. 02/04/2020).

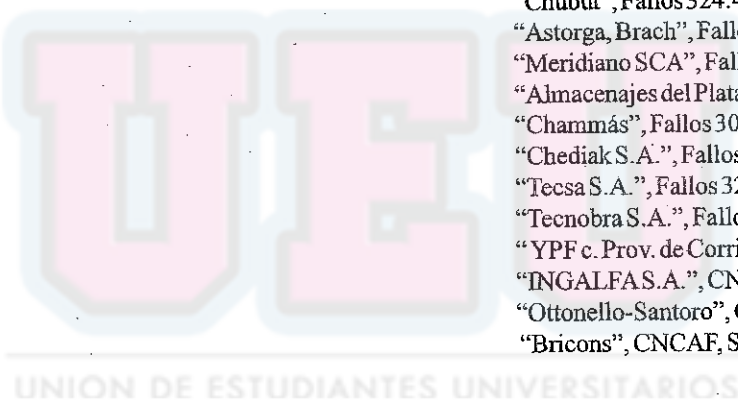
Normativa de la Provincia de Córdoba

Ley N° 5.901 (B.O. 06/07/79).
 Ley N° 7.631 (B.O. 08/01/88).
 Ley N° 8.614 (B.O. 25/07/97).
 Ley N° 9.086 (B.O. 21/02/03).
 Ley N° 9.331 (B.O. 23/11/06).
 Ley N° 10.155 (B.O. 10/07/13).
 Decreto 1133/10 (B.O. 09/09/10).
 Decreto 1231/10 (B.O. 09/09/10).
 Decreto 305/2014 (B.O. 22/05/2018).
 Decreto 402/2014 (28/11/2014).
 Decreto 156/2020 (B.O. 11/03/2020).

Jurisprudencia

“Dulcamara”, Fallos 313/376 (1990).
 “Cinplast”, Fallos 316:212 (1993).
 “Lix Klett”, Fallos 335:1385 (2012).
 “Schiratto”, Fallos 304:490 (1982).
 “Pluspetrol Energy S.A.”, Fallos 330:2286 (2007).

“Hotel Internacional Iguazú”, Fallos 308:618 (1986).
 “Radeljak”, Fallos 311:2831, (1988).
 “Vicente Robles”, Fallos 316:382 (1993).
 “Mas Consultores”, Fallos 323:1515 (2000).
 “Servicios Empresarios Wallabies”, Fallos 323:1841 (2000).
 “Ingeniería Omega”, Fallos 323:3924 (2000).
 “Carl Chung Ching Kao”, Fallos 324:3019 (2001).
 “Magnarelli”, Fallos 326:1280 (2003).
 “Indicom”, Fallos 327:84 (2004).
 “Roberto Punte”, Fallos 329:809 (2006).
 “Organización Coordinadora Argentina S.A.”, Fallos 318:1518 (1995).
 “Chubut”, Fallos 324:4199 (2001).
 “Astorga, Brach”, Fallos 327:4185 (2004).
 “Meridiano SCA”, Fallos 301:292 (1979).
 “Almacenes del Plata SAC”, Fallos 311:2385 (1988).
 “Chammás”, Fallos 304:1416 (1982).
 “Chediak S.A.”, Fallos 319:1681 (1996).
 “Tecs S.A.”, Fallos 322:3139 (1999).
 “Tecnobra S.A.”, Fallos 316:730 (1993).
 “YPF c. Prov. de Corrientes y otro”, Fallos 315:158 (1992).
 “INGALFAS.A.”, CNCAF, Sala III (1994).
 “Otonello-Santoró”, CNCAF, Sala III (mayo 28-985).
 “Bricons”, CNCAF, Sala III (1989).



CAPÍTULO IX

Legislación

Ley N° 13.064 (B.O. 28/10/47).
 Ley 17.520 (B.O. 13/11/67).
 Ley 24.156 (B.O. 29/10/92).
 Ley 24.441 (B.O. 16/1/1995).
 Ley 24.629 (B.O. 08/02/1996).
 Ley 25.551 (B.O. 31/12/01).
 Ley 25.561 (B.O. 06/01/02).
 Ley 25.725 (B.O. 10/01/2003).
 Ley 25.827 (B.O. 22/12/2003).
 Ley 25.967 (B.O. 16/12/2004).
 Ley 26.078 (B.O. 12/01/2006).
 Ley 25.248 (B.O. 30/10/2008).
 Ley 25.152 (B.O. 21/12/2009).

Ley 27.328 (B.O. 30/11/2016).
 Ley 27.541 (B.O. 23/12/2019).
 Decreto 1299/2000 (B.O. 29/12/2000).
 Decreto 1299/2001 (B.O. 29/12/2000).
 Decreto 228/2001 (B.O. 27/09/2001).
 Decreto 906/2004 (B.O. 02/07/2004).
 Decreto 966/2005 (B.O. 17/08/2005).
 Decreto 967/2005 (B.O. 16/08/2005).
 Decreto 118/2017 (B.O. 17/02/2017).
 D.N.U. 260/2020 (B.O. 12/03/2020).
 D.N.U. 287/2020 (B.O. 18/03/2020).
 D.N.U. 297/2020 (B.O. 02/04/2020).

Normativa de la Provincia de Córdoba

Ley 8614 (B.O. 25/07/97).
 Ley 10.155 (B.O. 10/07/2013).
 Ley 10.690 (B.O. 18/03/2020).
 Decreto 305/2014 (B.O. 22/05/2018).
 Decreto 402/2014 (28/11/2014).
 Decreto 156/2020 (B.O. 11/03/2020).

Jurisprudencia

"Servente y Magliola", Fallos 252:109 (1962).
 "Kinbaum Ferrobeton", Fallos 261:27 (1965).
 "Schiratto", Fallos 304:490 (1982).
 "Mengolini", Fallos 306:1290 (1984).
 "Stamei SRL", Fallos 310:2278 (1987).
 "Vicente Robles", Fallos 311/1181 (1988).
 "Vicente Robles", Fallos 311/1181 (1988).
 "Vicente Robles", Fallos 311/1181 (1988).
 "Marocco", Fallos 312/84 (1989).
 "Marocco", Fallos 312/84 (1989).
 "Sigma Construcciones SRL", Fallos 312/1938 (1989).
 "Marocco", Fallos 312/84 (1989).
 "Hidronor", Fallos 314:1423 (1991).
 "Arenera El Libertador", Fallos 314:595 (1991).
 "Astilleros Costaguta", Fallos 315:890 (1992).
 "Dos Arroyos SCA", Fallos 316:2044 (1993).
 "Ruiz Orrico", Fallos 316:1025 (1993).

"Calderas Salcor Caren SA, Fallos 319/2037 (1996).
 "Chediak SA", Fallos 319:1681 (1996).
 "Pirelli Cables", Fallos 322:298 (1999).
 "Aion SA", Fallos 322:298 (2000).
 "Paz, Valentín", Fallos 323:1332 (2000).
 "Meller", Fallos 325:2893 (2002).
 "Ferreyra", Fallos 329:646 (2006).
 "Bianchi I", Fallos 329:4944 (2006).

CAPÍTULO X

Normativa Nacional

Ley 23.696 (B.O. 23/08/1989).
 Ley 24.065 (B.O. 16/01/92).
 Ley 24.076 (B.O. 12/06/92).
 Decreto 1185/90 (B.O. 28/06/90).
 Decreto 62/90 B.O. (12/01/90).
 Decreto 999/92 (B.O. 30/06/1992).
 Decreto 1398/92 (B.O. 11/08/92).
 Decreto 1738/92 (B.O. 28/09/92).
 Decreto 764/00 (B.O. 05/09/00).
 Decreto 293/02 (B.O. 14/02/02).
 Decreto 370/02 (B.O. 27/02/02).
 Decreto 311/03 (B.O. 04/07/03).
 Decreto 1172/03 (B.O. 04/12/2003).
 Resolución SEE 170/92.
 Resolución ENARGAS N° 2756/2002 (21/11/2002).
 Resolución ENRE 39/94 (09/05/1994).
 Resolución ENREN° 23/1994.
 Resolución SCN° 57/96 (B.O. 03/09/96).

Normativa de la Provincia de Córdoba

Ley 8.835 (B.O. 28/03/2000).
 Ley 8.836 (B.O. 28/03/2000).
 Ley 8.837 (B.O. 28/03/2000).
 Decreto 1.834/2002 (B.O. 17/09/2002).
 Resolución ERSePN° 8 (B.O. 27/07/2004).

Jurisprudencia

“López de Reyes”, Fallos 244:548 (1959).
 “Fernández Arias”, Fallos 247:646 (1960).
 “Maruba”, Fallos 321:1784 (1988).
 “Ángel Estrada”, Fallos 328:651 (2005).
 “Litoral Gas”, Fallos 321:776 (1998).
 “Cepis”, (2016).
 CNCAF Sala IV, “Youssefian” (1997).
 CNCAF Sala V, “Central Térmica Güemes S.A.” (2002).
 CNCAF Sala II, “Edesur S.A.” (2009).
 CNCAF Plenario “Edesur S.A.” (2011).

Concesión de servicios públicos

Normativa Nacional

Ley 25.561 B.O. (07/01/2002).
 Ley 24.240 B.O. (15/10/1993).
 Decreto 2255/92 (07/12/1992).

Jurisprudencia

“Hotel Internacional Iguazú”, Fallos 308:618 (1986).
 “Davaro, Saúl”, Fallos 315:1883 (1992).
 “Maruba”, Fallos 321:1784 (1988).
 “Colavita”, Fallos 323:318 (2000).
 “Asociación de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes”, Fallos 323:61 (2000).
 “Manzo”, Fallos 327:471 (2004).
 “Rodríguez Ramona”, Fallos 327:3706 (2004).
 “Transportadora de Gas del Norte SA”, Fallos 329:3470 (2006).
 “Bianchi, Isabel”, Fallos 329:4944 (2006).
 “Martínez Lamas”, Fallos 329:4944 (2006).
 “González Torres”, Fallos 330:2533 (2007).
 “Ledesma, María Leonor”, Fallos 331:819 (2008).
 “Uriarte Martínez”, Fallos 333:203 (2010).
 CNCAF, Sala I, “Transportadora de Gas del Norte S.A.” (2009).

Jurisprudencia de la Provincia de Córdoba

Tribunal Superior de Justicia Córdoba “Ciudad de Córdoba S.A.C.I.F.” (2009).
 Tribunal Superior de Justicia “Coniferal S.A.C.I.F.” (2009).

CAPÍTULO XI

Legislación

Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759, B.O. 17/01/97).
 Ley 25.164 (B.O. 08/10/99).
 Ley 24.600 (B.O. 18/12/95).
 Ley de Ética Pública N° 25.188 (01/11/99).
 Acordada de la CSJN del 17/12/52.
 Ley 25.877 (B.O. 19/03/04).
 Decreto 272/2006 (B.O. 13/03/2006).
 Ley N° 7233 (Provincia de Córdoba, B.O. 07/01/85).
 Ley 10.461 (Provincia de Córdoba), reglamentada por decreto 560/18.
 Ordenanza 12.076 (Municipalidad de la ciudad de Córdoba).
 Ley 27.541 (B.O. 23/12/19).
 Decreto 260/2020 (B.O. 12/03/2020).
 Decreto 297/2020 (B.O. 20/03/20).
 Ley 27.555 (B.O. 20/11/2020), reglamentada por Decreto 27/21 (B.O. 20/01/21).

Jurisprudencia sugerida

Corte Interamericana de Derechos Humanos:
 “Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores vs. Panamá), sentencia del 02/02/01.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación:
 “Calvo y Pesini, Rocío c/ Provincia de Córdoba s/ amparo” del 24/02/98, (Fallos: 321:194).
 “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 16/11/2004 (Fallos: 327:5118).
 “Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 08/08/2006 (Fallos: 329:2986).
 “Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empelo público”, del 21/02/13.
 “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas” Fallos: 330:1985 (2007).
 “Delfino”, Fallos: 334:229 (2011).
 “Vaquero, Mónica Silvia c/ Ministerio del Interior de la Nación” 23/08/01.
 “Ramos, José Luis c/ Ministerio de Defensa (A.R.A.)”, Fallos: 333:311 (2010).
 “Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación”, Fallos: 333:335 (2010).

- "Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control" del 19/04/11, Fallos: 334:398 (2011).
- "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", Fallos: 333:2306 (2010).
- "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo, Fallos: 334:1387 (2011).
- "Güida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público", Fallos: 323:1566 (2000).
- "Tobar, Leónidas c/ E.N. Mo. de Defensa", Fallos: 325:2059 (2002).
- "Müller, Miguel Ángel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Contaduría General - Ejército Argentino - decreto 430/00 s/ amparo ley 16.986", Fallos: 326:1138 (2003).
- "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" CSJN, Fallos: 331:2499 (2008).
- "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ Sumarísimo", Fallos: 332:2715 (2009).
- "Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. (M° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto) s/ empleo público", Fallos: 329:3617 (2006).
- "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resolución 169/05 (expte 105666/86 - SUMFIN 708", Fallos: 335:1126 (2012).
- "Recurso de Hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad" del 18/06/13.
- "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.", del 19/11/2013).
- "Rica, Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros s/ despido", 24/04/2018.
- "Recurso de Hecho Universidad Nacional de Rosario c/ Calarota, Luis Raúl s/ exclusión de tutela sindical", 15/02/18.
- "Farfán, Julio Antonio y otros s/ amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública, San Pedro de Jujuy", del 16/04/19.
- "Sindicato Policial de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales", 11/04/17.
- "Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo", 13/08/20.
- "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social c/ Asociación Profesional Policial y Penitenciaria de Entre Ríos s/ ley de asoc. Sindicales", 03/12/20.
- "Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986", 22/08/19.

CAPÍTULO XII

Legislación

Código Civil y Comercial Argentino, arts. 235 a 239; 243.
Proyecto de Reformas al Código Civil, arts. 235 a 241.

Jurisprudencia

CSJN "Lastra" Fallos: 314:1324 (1991).

CAPÍTULO XIII

Legislación Nacional

Ley 17.285 (B.O. 17/05/1967).
Ley 21.499 (B.O. 17/01/1977).
Ley 25.730 (B.O. 26/06/2003).

Legislación Provincia de Córdoba

Ley 6.394 (B.O. 24/04/80).
Ley 9.384 (B.O. 03/05/2007).

Jurisprudencia

"Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo", Fallos: 33:162 (1888).
"Bourdie", Fallos: 145:307 (1925).
"Lagos", Fallos: 330:5404 (2007).
"Nación Argentina c. Argal", Fallos 237:707 (1957).
"Grandio y Acosta", Fallos: 241-267 (1957).
"Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini Hnos.", Fallos: 318:445, (1995).
"Sanchez Granel", Fallos 306:1409.
"Zorrilla, Susana y otro - P.E.N. sexpropiación - servidumbre administrativa" (2013).
"Machado, Juana", Fallos XXXX, (2007).
"Las Mañanitas", Fallos: 332:1704, (2011).
"Campo del Cielo c/ Provincia de Chaco", Fallos 147:178, (2011).
CNCAF, sala 2, Von Wernich", (2001).
CNCAF San Martín, sala I, "Paraje los Ciervos S.A. c/ Estado Nacional (2008).

CAPÍTULO XIV

Jurisprudencia

Fallos 7:150 "Plaza de Toros" (1969).
 Fallos 31:273 "Saladeristas".
 Fallos 136:161 "Ercolano" (1923).
 Fallos 199:483 "Inchauspe" (1944).
 Fallos 247:121, "Cine Callao" (1960).
 Fallos 305:129, "Madala" (1983).
 Fallos 311:260, "Persoglia" (1988).
 Fallos 205:173, "Castellini" (1946).
 Fallos 325:2711, "Butyl S.A. (2002).
 Fallos 335:1126, "Lociser" (2012).
 CSJN 31/11/2013, "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros
 el B.C.R.A. s/resol. 178/93", causa B.853. XLIV.
 Fallos 172:21, "Avico" (1934).
 Fallos 313:1513, "Peralta" (1990).
 Fallos 325:28, "Smith" (2002).
 Fallos 326:417, "San Luis" (2003).
 Fallos 327:4495, "Bustos" (2004).
 Fallos 333:633, "Consumidores Argentinos" (2010).
 Fallos 296:672, "Metalmecánica S.A.C.I. c/Nación".
 Fallos 322:946, "Compañía Azucarera Concepción S.A. c/Estado Nacional/
 proceso de conocimiento".

CAPÍTULO XV

Jurisprudencia

CSJN 22/09/33, "Tomás Devoto y Cía c. Gobierno Nacional", *JA*, 433-416.
 CSJN 03/10/38, "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires", *LL*, 12-122.
 CSJN 18/12/84, "Vadell, Jorge F. C. Buenos Aires, Provincia de", *ED*, 217:215.
 Fallos 195:166, "Laplacette" (1943).
 Fallos 332:1367, "Zonas Francas Santa Cruz S.A." (2009).
 Fallos 315:2026, "Columbia" (1992).
 Fallos 306:1409, "Sánchez Granel" (1984).
 Fallos 312:659, "Motor Once" (1989).
 Fallos 312:2266, "Jucalán Forestal" (1989).
 Fallos 328:2654, "El Jacarandá" (2005).
 Fallos 332:1367, "Zonas Francas Santa Cruz S.A." (2009).

Fallos 327:3753, "Aquino" (2004).
 Fallos 180:253, "Ferrocarril Oeste" (1998).
 Fallos 315:2834, "Pose" (1992).
 Fallos 317:144, "Bullorini" (1994).
 Fallos 322:1609, "Fayt" (1999).
 Fallos 323:1899, "Columbia".
 Fallos 318:1531, "Resvestek".
 Fallos 322:2525, "Mallmann" (1999).
 Fallos 318:1990, "Balda" (1990).
 Fallos 325:1855, "Robles" (2002).
 Fallos 321:1712 "López" (1998).
 Fallos 311:1007, "Vignoni".
 Fallos 332:552, "González Bellini" (2009).
 Fallos 322:2683, "Rosa".
 Fallos 333:273, "Putallaz" (2010).
 Fallos 332:2098, "S. de B., M. del C" (2009).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ABAD HERNANDO, Jesús L. - ILDARRAZ, Benigno, "La acción de lesividad", *JA doctrina*, Buenos Aires, 1975.
- ÁBALOS, María Gabriela, "La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante", en AAVV FARRANDO, Ismael (h.), *Contratos Administrativos*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- ABREGÚ, Martín, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción", en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto SRL - CELS Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2005.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho bancario*, Purrúa, México, 1978 citado por VILLAGORDOA Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 4ª ed., Purrúa, México, 2003.
- AFTALIÓN, Enrique, "El derecho penal administrativo como derecho penal especial", *LL*, 75:824.
- AGÜERO PINERO, "Regulación y control de los servicios públicos en la Provincia de Córdoba", N° 80, *Revista Foro de Córdoba*.
- ALBERTSEN, Jorge, "La oficina anticorrupción", Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, N° 269-270, Madrid, mayo-diciembre 2004.
- ALFONSO, María L., *Régimen de nacionalización de empresas privadas*, RAP, Buenos Aires, 2009.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Lecciones de derecho administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2005.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D., "El error judicial como causal de responsabilidad del Estado: evolución y perspectivas", en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- ÁVALOS, Eduardo - BUTELER, Alfonso - MASSIMINO, Leonardo, *Derecho Administrativo 1 y 2*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2014.
- ÁVALOS, Eduardo, "Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: desde 1853 hasta nuestros días", *Revista de la Facultad*, v. III-1, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012.

- ÁVALOS, Eduardo, en AA. VV. - VÉLEZ FUNES, Ignacio, (dir.), *Derecho procesal administrativo*, t. II, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2004.
- AZAR, M. José "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión" disponible desde www.pensamientocivil.com.ar/doctrina.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, 3ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2010.
- BALBÍN, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- BARNES VAZQUEZ, Javier, "Transformaciones (científicas) del derecho administrativo", en AA.VV., *XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, 2014, N° 430.
- BARRA, Rodolfo C., "Efectividad de la tutela judicial frente a la administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", *ED*-107.
- , "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *ED*, 122.
- , *Contrato de obra pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1986.
- , "Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control jurisdiccional", *ED*, 146.
- , "La concesión de obra y servicio público en el proceso de privatización", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6.
- , "El rol de los institutos centrales de control en los ordenamientos jurídicos: el modelo argentino", en RAP, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, n° 259.
- , *La concesión de obra pública*, Prudentia Iuris N° XXIII, enero-junio 1990.
- BARRA, Rodolfo - SERRANO, Marcos, "Comentarios acerca de la responsabilidad del Estado. A propósito de una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la relación concesionario vial-usuario y los accidentes causados por animales sueltos en las rutas concesionadas", *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- BARRAZA, Javier Indalecio, "La motivación del acto administrativo - Características que debe reunir y la importancia de la misma", *LL*, 1998-C.
- , "Un importante fallo que decreta la nulidad de un acto administrativo. Análisis de la causa como elemento del acto administrativo", *LL Litoral*, 1998-2.
- BARRERA BUTELER, Guillermino, *El amparo de los remíseros*, La Ley, Córdoba, 1999.
- BATTAGLIA, Alfredo, "Carácter penal de la sanción administrativa", *ED*, 171.
- BELISLE, José Manuel - GARCÍA ZEBALLOS, Juan Herminio, "Sobre el ejercicio de los derechos humanos en Argentina. Apuntes para una revisión", *Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, N° 12, Advocatus, Córdoba, 2003.
- BENOIT, Francis-Paul, *El derecho administrativo francés*, 1ª ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

- BERÇAIZ, Miguel Á., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BEZZI, Osvaldo M., *El contrato de obra pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
- BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", *La Ley*, 1995-A.
- , "El control judicial sobre la zona interna de la administración", *LL*, 1989-C.
- , "La alegada 'limitación' de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas", *Supl. Const.* 2009 (mayo), 01/01/2009, 54. — *LL*, 2009-C.
- , "La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en AA.VV. - ROSATI, Horacio (director), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- , "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado", *ED*, 111.
- , "Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa", *ED*, 129.
- , "La doctrina del sacrificio especial en la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008.
- , *La regulación económica*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2001.
- , *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
- BIDART CAMPOS, G. - MANILL, P., "La jerarquía normativa de las distintas clases de Decretos del Poder Ejecutivo" (A propósito de la moderna 'Decretocracia' argentina)", *LL*, Buenos Aires, 2003-C.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "La emergencia actual: entre el dolor, la rabia y la ironía", *LL*, Buenos Aires, 2002-B.
- , *Manual de derecho constitucional argentino*, 4ª ed. actualizada, Ediar, Buenos Aires, 1975.
- , "¿Hay un derecho a la reparación por la privación preventiva de la libertad?", en *Revista de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- , *Manual de la constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- , *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- , *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI, Ediar, Buenos Aires.
- BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- , *Derecho administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- , *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1963.
- , *Restricciones y servidumbres administrativas*, Lajouane, Buenos Aires, 1923.
- BIELSA, Rafael - VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado de derecho administrativo*, t. VI, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- BREVER CARÍAS, Allan R., "La evolución del concepto de contrato administrativo", *JA*, 727-737.
- BUERES, Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

- BUERES, J. Alberto, "Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- BUSTAMANTE, Eduardo, *Desregulación. Entre el Derecho y la economía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BUSTELO, Ernesto, "Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio", en FARRANDO, Ismael (h.), *Contratos Administrativos*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- BUTELER CACERES, José A., *Manual de derecho civil, parte general*, Advocatus, Córdoba, 1998.
- BUTELER, Alfonso "Las cuestiones justiciables de la actividad administrativa en la Jurisprudencia de la Corte", en AA.VV., PALACIO DE CAERO, Silvia B. (Dir.), *Tratado de derecho federal y leyes especiales*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- , "Acerca de la *non reformatio in pejus* en sede administrativa", *LL*, 2005.
- , "Expropiación irregular y patrimonio histórico", *LL*, 2013-D.
- , "La eficacia del control de los organismos de ética pública y anticorrupción" en AA.VV. *Cuestiones de control de la administración pública (administrativo, legislativo y judicial)*, RAP, Buenos Aires, 2010.
- , "La interpretación de la Constitución en sede administrativa", en XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo y el VII Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2013.
- , "La lucha anticorrupción y el derecho administrativo", *JA*, Suplemento Derecho Administrativo del 31/07/2013.
- , *Derecho administrativo argentino*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.
- , *El amparo contra actos administrativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- CANDA, Fabián O., "La Fiscalía de Investigaciones Administrativas", en AA.VV., *Control de la administración pública, administrativo, legislativo y judicial*, 2ª ed., Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2009.
- , "Régimen jurídico de la actividad de policía", en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2005.
- , "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación", en *ED*, Serie Espec. de Derecho Administrativo, del 28/06/2002.
- , "La Fiscalía de Investigaciones Administrativas", *ED*, 180.
- , "La suspensión de los efectos del acto administrativo en el procedimiento administrativo", en A.A.V.V. - CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.
- CARRANZA TORRES, Luis R., "La caracterización constitucional de la emergencia", *ED*, 199.
- , "Los orígenes de la policía sanitaria", *Comercio y Justicia*, 12 de junio de 2020.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Causa, motivo y fin del acto administrativo", *Revista de Administración Pública española*, N° 58.
- CASSAGNE, Ezequiel, "El dictamen de los servicios jurídicos de la administración", *LL*, 15/08/2012.
- CASSAGNE, Juan C., "Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos", *ED*, 15.
- , "La responsabilidad del Estado por omisión", *LL*, 1989-C.
- , "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo", *ED*, 100.
- , "Reflexiones en torno al sistema de validez de los actos administrativos", *LL*, 1988-E.
- , *Derecho Administrativo*, t. I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- , "Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos", *ED*, 185.
- , "El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites", *LL*, 2002-A.
- , "El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general", en *Derecho procesal Administrativo. Obra conjunta. Homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- , "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *ED*, 99.
- , "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", *LL*, 143.
- , "La configuración de la potestad reglamentaria", *La Ley*, 2004-A.
- , "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *RDA*, 3-101.
- , "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general", *ED*, 131.
- , "Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo", *ED*, 180 y también, *ED*, 181.
- , "Una sentencia trascendente de la Corte que declara la nulidad en un Decreto del Poder Ejecutivo", *ED*, 178.
- , *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- , *Derecho administrativo*, 7ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- , *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- , *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- , *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
- CHAPMAN, William L., "Crónica resumida del proceso de control gubernamental y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de control de la Administración Financiera del Estado, Régimen de la Administración Pública, N° 169.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- CICERO, Nidia K., La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos, *JA*, 2009-I.

- CID MOLINE, José, "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *Revista de Administración Pública española*, N° 140 (1996).
- COMADIRA, Julio, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado" en *Derecho Administrativo*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003.
- , *El acto Administrativo en la ley Nacional de procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- , "Reflexiones sobre la responsabilidad del estado por omisión lícita", en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad estatal del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2008.
- , "El acto administrativo hoy", en AA.VV. *El derecho administrativo argentino hoy*, Ciencias de la administración, Buenos Aires, 1996.
- , "El caso Legón: un fallo reconfortante", *DJ*, 13/V/92.
- , "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público, en Servicio público, policía y fomento", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003.
- , "Función administrativa y los principios generales del procedimiento administrativo", en "130 años de la procuración del Tesoro de la Nación -1863-1993", número especial de la Revista de la P.T.N.
- , "Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: Fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en *Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- , "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", *ED*, 186.
- , *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- , *Derecho administrativo*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- , *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, (Laura Monti, Colaboradora), La Ley, Buenos Aires, 2002.
- , *Procedimientos administrativos*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- , "Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo", *JA*, 1996- IV.
- , *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- COMADIRA, Julio R. - ESCOLA Héctor J. - COMADIRA, Julio P., *Curso de derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- , *Curso de Derecho Administrativo*, t. X, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- CORVALÁN, Juan G., "Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa", *RAP*, N° 351, 2007.
- COVIELLO, Pedro J., "La causa y el objeto del acto administrativo", en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002.
- , "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *ED*, 111.

- COVIELLO, Pedro J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita", *ED*, Supl. Derecho Administrativo, 20/08/2000.
- , *La protección de la confianza del administrado: derecho argentino y derecho comparado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004.
- , "La causa y el objeto del acto administrativo", en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2002.
- CUADROS, Oscar A., *Administración y constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- , *Responsabilidad del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- , "El Estado y la legalidad convencional", *LL*, 19/09/2012.
- D'ARGENIO, Inés, *La administración pública. Crisis del sistema autoritario*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012.
- DE LA RIVA, Ignacio - GUERDILIAN, Javier - COVIELLO, Pedro "Régimen del dominio público", en *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial*, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2012, disponible desde <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>
- DE LA RIVA, Ignacio M., "La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual", en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2005.
- DE PALACIOS, Manuel, "El Nuevo Régimen de Compras y Contrataciones de la Provincia de Córdoba: Hacia el Gobierno Electrónico", publicado en DPI - 24/11/2014.
- DIEZ, Manuel M., "Derecho administrativo", Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1980.
- , *Derecho procesal administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.
- DROMI, José R., *Derecho administrativo*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- , *Instituciones de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
- , *La licitación pública*, en FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- , *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2015.
- , *Derecho administrativo*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- DROMI, Roberto - MERTEHIKIAN, Eduardo, *Reflexiones de derecho público al Proyecto de Código Civil y Comercial*, Hispania Libros, RAP (coedición), Buenos Aires, Madrid, México, Ciudad Argentina, 2012.
- DUGUIT - JEZE - ALESSI - DIEZ - SERRA - SETC., "De la situation des partularies a l'égard des services publics", *Reveu du Droit public*, 1907.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, 2007.
- DURÁN, Julio C., "Participación de la ANSES en el capital de las sociedades anónimas abiertas", *LL*, 2010-A.
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro, "Técnicas de control judicial de la actividad administrativa" en AA.VV., *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, España, 1993.
- ESTÉVEZ, Alejandro M., "Corrupción y políticas públicas: algunos factores estructurantes; apuntes para una agenda de investigación, Universidad de Buenos Aires, 2004.

- FANELLI EVANS, Guillermo E., "El riesgo en la concesión de obra pública", *LL*, 1992-C.
- , "Las subvenciones en las concesiones de obras y de servicios públicos", en *Derecho Administrativo. Homenaje a Miguel S. Marlenhoff*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Lexis N° 1701/008317.
- , *El "ius variandi" en los contratos administrativos. El derecho administrativo hoy*, Jornadas presididas por el profesor Marlenhoff, Miguel F., Ed. Ciencias Administrativas, Buenos Aires, 1996.
- FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros, *Manual de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- , *Manual de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- FARRANDO, Ismael (h), en la obra colectiva *Los servicios públicos*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- FIORINI, Bartolomé, "Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan", *LL*, t. 104.
- , *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- FLORES, Álvaro B., "La regulación de las limitaciones al dominio en razón del interés público en el Proyecto de Código Civil y Comercial", 2013-07-31, Publicado SJA 2013/07/31; JA 2013-III; AP/DOC/1584/2013.
- FLORIÁN, Pablo, *Concesión de obra pública*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- FOLCÓ, Carlos María, "Apuntes sobre derechos humanos, celeridad procesal y la doctrina prospectiva en la jurisprudencia de la Corte", *LL*, 31/08/10.
- FONROUGE, Giùliani, *Derecho financiero*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.
- FONROUGE, Máximo J., "Las audiencias públicas", en AAVV, *Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 1999.
- FREITAS, Juárez, *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental a boa administração pública*, Malheiros, Sao Pablo, 2007.
- GALDÓS, Jorge Mario, "Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices", *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- , "Peajes y animales sueltos ¿clausura de un debate?", *LL*, 2000-E.
- GALLEGOS FREDIANI, Pablo, "Alcances y límites de los efectos de la nulidad de los reglamentos administrativos", en AA.VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009.
- GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de derecho administrativo*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 2ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1978.
- , *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo, "Reflexiones al hilo de I Congreso Internacional de ética pública. Manifestaciones jurídico - públicas", *Revista de administración pública española*, N° 95, 1993.

- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento", *Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo*, La Ley, 14/06/2000.
- , "Sanciones de Policía - La distinción entre los conceptos de delitos y faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la administración", en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2005.
- GARCÍA-TREVIANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. "Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", *LL*, del 10 de febrero de 2015.
- GARRIDO FALLA, Fernando, "Los motivos de impugnación del acto administrativo", *Revista de Administración Pública española*, N° 17, 1955.
- GARRIDO, R. - ANDORNO, L., *El art. 1113 del Código Civil, comentado y anotado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Aguirre, Madrid, 1976.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta", *Insomnia*, N° 21, octubre de 2004, citado por SAID, J. L., ob. cit.
- , *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "El Caso 'Itzcovich'. ¿Un fallo institucional de la Corte Suprema?", *LL*, 2005-B.
- , "El caso Smith (o la razonabilidad cuestionada)", *LL*, 2002-B.
- , "El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso 'Acosta')", *LL*, 30/08/2012.
- , *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- , *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008.
- GERCOVICH, Carlos E. - TAVARONE, Marcelo, *Financiación de proyectos*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- GHERSI, Carlos, "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales", *JA*, 1994-I.
- GHERSI, Carlos, "Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del estado de "privación legítima de la libertad" y su obligación de reparación del daño individual", *JA*, N° 5867, 9/II/94.
- GIANNINI, Leandro "La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva. (a propósito de los casos "CEPIS" y "Abarca")", *LL*, 12/09/16.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, "La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos", *LL*, 74.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. "Responsabilidad del Estado por falta de servicio", en AA.VV. - ROSATTI, Horacio (director), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La declaración de lesividad", *Revista de administración pública de España*, N° 2, 1950.

- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La ética pública", *Revista Argentina del régimen de la administración pública*, N° 283.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentario a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, cap. XVII, 2ª ed., Buenos Aires, 1998.
- , "El Estado de Derecho en el Estado de Emergencia", *LL*, 12/10/2001.
- , "La mutación del contrato administrativo", en AA.VV. *Cuestiones de contratos administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, RAP, Buenos Aires, 2007.
- , "Un corte transversal en el derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción", *LL*, 1997-E.
- , *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005.
- , *La administración paralela*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 5ª ed. reimpr., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 4ª ed., FDA, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. 8, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Parte general, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GRECO, Carlos M., "Vías de hecho administrativas", *La Ley*, 1980-C.
- GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, Planeta, Buenos Aires, 1993.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- HARO, Ricardo, "Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional", *Foro de Córdoba, Suplemento de derecho administrativo y constitucional*, N° 5, Advocatus, Córdoba, 2001.
- HERNÁNDEZ, Antonio M., *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, La Academia, Buenos Aires, 2001.
- , *Las emergencias y el orden constitucional*, Univ. Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- HITTERS, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad - El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana", *LL*, 27/05/2013.
- HUTCHINSON, Tomás, "La emergencia y el Estado de Derecho" en *Revista de Derecho Público*, 2002-1, La emergencia económica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- HUTCHINSON, Tomás, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", en AA.VV. - ROSATI, Horacio (director), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- , *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19.549, comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. I, 1ª reimp. corregida, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- , *Régimen de procedimientos administrativos, Ley 19.549, 4ª edición act. y ampl.*, 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1998.
- IBARLUCIA, Emilio, "La responsabilidad del Estado frente a la absolución del detenido o revocación de la prisión preventiva", *ED*, 03/02/98.
- IVANEGA, Miriam M., "Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos", en AA.VV. *Responsabilidad del Estado del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.
- , *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- , *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2010.
- JEANNERET DE PÉREZ CORTES, María, "El control judicial de la función administrativa de los poderes legislativos y judicial", *ED*, Supl. de Derecho administrativo, 31/07/2002.
- , "El derecho administrativo ¿es fuente de corrupción?", en AA.VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009.
- , "Ética y función pública", *LL*, 2005-D.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en AA.VV. - BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), ZANONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- KLIKSBERG, Bernardo, "Corrupción. Más allá de los mitos", disponible desde www.elpais.com
- LAFAILLE, *Curso de derechos reales*, t. III, citado en CUADROS, Oscar A., *Administración y Constitución. Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- LAPIERRE, José Augusto, "Los controles de la administración pública", en *El derecho administrativo hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.
- LAUBADERE, André de, *Traité de droit administratif*, t. II, 7ª ed., Librairie Générale de Droit Jurisprudence, N° 21, 1980.
- LAZZARINI, José Luis, "El acto lesivo en el amparo", *LL*, t. 115..
- LINARES DE QUINTANA, Segundo, "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", *LL* 30.
- LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, citado SAMMARTINO, Patricio M. E., *Principios Constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, 1ª ed., Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, *Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación. El rol de los concesionarios viales*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo, "Concesiones viales ¿En qué casos hay responsabilidad?", *Rev. de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- , "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento La Ley.
- (director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- , *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- LORENZO, Susana, *Sanciones administrativas*, Julio César Faira Editor, Montevideo, 1996.
- LOZANO, Blanca, "Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: 'Despenalización' y garantía", *Revista de Administración Pública española*, N° 121 (1990).
- MAHIQUES, Ignacio "Acerca de los efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la renovación del análisis a partir del caso 'Acosta'", *JA*, 12-2013-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- MAIORANO, Jorge, "La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por un obrar ilegítimo", *LL*, 1980-C-468;
- MAIRAL, Héctor A, *Control judicial de la administración pública*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- , "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría del contrato administrativo", *ED*, 179.
- , "El efecto de la crisis en el Derecho", *Revista del régimen de la administración pública*, n° XXVI-2.
- , *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- MAIRAL, Héctor, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, RAP, Buenos Aires, 2007.
- , "Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad", RAP, Buenos Aires.
- , "La ideología del servicio público", *ReDA*, n° 14, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- , "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", *REDA*, año 1, septiembre-diciembre 1989, n° 2.
- MALEM SENA, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- MALJAR, Daniel Edgardo, "Restricciones y servidumbres administrativas, El electroducto", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- MANFRONI, Carlos A., *La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, 2ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- MANOVI, Ezequiel, "Razonabilidad de las leyes: ¿Un principio 'Supraconstitucional'?", *LL*, 06/09/2006.

- MARCE, Ernesto A., "La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al art. 17 de la Ley 19.549", *LL*, 1981-C.
- MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N., "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes", 2012-10-17, *SJA* 2012/10/17-51; *JA* 2012-IV, AP/DOC/4156/2012.
- MARIENHOFF, Miguel S., "Los privilegios en el derecho público. -exclusividad; monopolio; exención impositiva- Lo atinente a la "reserva de zona". La "zona de influencia", *ReDA*, n° 17, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- , "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", *LL*, 1983-B.
- , "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", *RDA* N° 19/20, Mayo-Diciembre 1995.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed. act. reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 5ª ed. actualizada, reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 6ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- , "Delfines o toninas y acción popular", *ED*, 105.
- , "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", *ED*, 114.
- , *Servidumbres de Electroducto. Su régimen jurídico*, *ED*, 08/08/1997.
- , *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- , *Tratado de derecho administrativo*, ts. III-A y III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MASSIMINO, Leonardo, "Las nuevas visiones sobre el poder de policía", *LL*, Doctrina Judicial, Año XXVIII, N° 8, 22/02/2012.
- , "Servidumbres administrativas de gasoducto", *Suplemento Derecho Administrativo*, *LL*, 19/03/2010.
- MASSONI, José, "La Oficina Nacional de Anticorrupción", en AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, 2ª ed., Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2009.
- MATA, Ismael, *El control de los subsidios, en Jornadas sobre Cuestiones de Control de la Administración Pública (Administrativo, legislativo y judicial)*, Universidad Austral, Buenos Aires, 13, 14 y 15 de mayo de 2009, RAP, 2010.
- , "Los actos de las Empresas y Sociedades del Estado", en AAVV, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009.
- , "Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos", en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2000.
- , *Ensayos de derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009.

- MAURER, Haimit, *Derecho administrativo*, trad. coordinada por Gabriel Doménech Pascual, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.
- MÉNDEZ, Juan E. "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos" en, AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- MERKL, Adolfo, "Teoría general del derecho administrativo", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, "El control interno en el ámbito nacional. Unidades de Auditoría Interna, en AA.VV., *Control de la administración pública*, RAP, Buenos Aires.
- , "Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos", en AAVV, *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración.
- , "La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos", en AA.VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, (Horacio Rosatti, director).
- , "La regulación de los servicios públicos privatizados", *RAP*, N° 197.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Principales reformas en materia de derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento Especial Código Civil y Comercial, *La Ley*, Buenos Aires, noviembre 2014.
- MONTESI, Graciela, "Procedimiento Disciplinario en la Relación de Empleo Público", en AA.VV.- VÉLEZ FUNES, Ignacio (Director), *Derecho procesal administrativo*, t. I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003.
- MORENO OCAMPO, Luis, "Una Propuesta de acción" en GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, Planeta, Buenos Aires, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, eximentes*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1980.
- , *Responsabilidad por daños, Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- , "Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en *Revista de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- NEGRETTO, Gabriel L., *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2011.
- NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. I, 2ª reimpr., Lerner, Córdoba, 1987.
- OLIVERO, Eduardo Raúl, "Los Principios del Derecho Público Argentino: la armónica recepción de la legalidad supranacional y sus implicancias para el interés público", *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, II-LXV-150, 11/07/2012.
- ORGÁZ, Jorge, "El procedimiento de control de la administración financiera del Estado", AAVV, VÉLEZ FUNES, Ignacio (dir.), *Derecho procesal administrativo*, t. I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*, Legis, Bogotá, 2009.
- PADILLA, Miguel M., "Responsabilidad civil extracontractual por daños originados en la prestación del servicio público de electricidad", *LL*, t. 107.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- PEREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- , *Eficacia y administración. Tres estudios*, MAP (Ministerio para las Administraciones Públicas), INAP, Madrid, 1995.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, "'Smith', o el final del 'sistema' jurídico de la emergencia", *LL*, 2002-B.
- , "Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción", *LL*, 20/06/2011.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, "La declaración legislativa de 'nulidad absoluta e insanable' del DNU y la jurisprudencia de la Corte Suprema", *LL*, Sup. Adm., 2010 (agosto).
- , "La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las Provincias", *Suplemento Constitucional LL*, febrero 2010.
- , "Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo", en AA.VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, RAP, Buenos Aires, 2014.
- , "Responsabilidad del Estado por prisión preventiva", en AA.VV., *XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires.
- , "Contratos Administrativos (II)", en AAVV - FARRANDO, Ismael (h.), *Contratos administrativos*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- PERRINO, Pablo E., "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", en AA.VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, Análisis crítico y exegético*, ROSATTI, Horacio (director), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- , "La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados", AAVV, *Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.
- , "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, Buenos Aires, 2001.
- PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita (Responsabilidad por falta de servicio)", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 28/12/1999.
- PIGRETTI, Eduardo A., *Manual de derecho minero*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996.
- PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

- PIZARRO, Ramón D., "Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial", *LL Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año I, N° I, enero-febrero 1999.
- , "La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas del derecho público provincial", *LLC*, 2011 (diciembre) 1159.
- , *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 2013.
- , *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- , *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983.
- , "Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema", *LL*, 30/06/2006.
- PIZARRO, Ramón D., en AA.VV. - BUERES, Alberto, (dir.) - HIGHTON DE NOLASCO, (coord.), *Código Civil comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 496 y ss; VICENTE REPARAZ, María Magdalena, "Responsabilidad del Estado por riesgo creado", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo, 15/09/09.
- RAIGORODSKY, Nicolás R., *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. act., Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, Buenos Aires.
- RAMÍREZ ESCUDERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia - BUTELER, Alfonso, "Las bases constitucionales de la responsabilidad del Estado y el CCCN", en AA.VV. - MANILL, Pablo L., (coord.), *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho público*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia - MÁRQUEZ, José F., "La supresión por el Poder Ejecutivo Nacional de la disciplina de la responsabilidad del Estado y del funcionario en el marco del derecho privado: ¿constituye una opción ajustada a derecho?", *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012-3.
- RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, "La responsabilidad del Estado por denegación de justicia", *LL*, 2009-F.
- REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969.
- RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", *Revista de Administración Pública española*, N° 23, 1957.
- RICHER, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, 3ª ed., París, 2002.
- RÍOS, Carlos, *El control de razonabilidad según el Tribunal Superior de Córdoba*, La Ley, Córdoba, 1999.
- RIVERO YERN, Enrique, *El derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo y Universidad de Sevilla, 1967.
- ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "Sobre el derecho administrativo sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)", en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, N° 43, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003.

- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI", *AFDUDC (Anuario Facultad de Derecho Universidad Da Coruña)*, 13, 2009.
- , *La privatización de la empresa pública*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1991.
- , "Ética, política y urbanismo", *Revista del régimen de la administración pública*, N° 333.
- ROSE ACKERMAN, Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- SACRISTÁN, Estela B., "Tus variandi y modificación de precios en los contratos administrativos", *R.A.P.* N° 219, diciembre 1996.
- , "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002.
- SACRISTÁN, Estela, "La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de price-caps", en *ED*, 30/06/03.
- , "Tutela de los usuarios de los servicios públicos: ¿es la relación de consumo compatible con el servicio público?", *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", *LL*, 1990-D.
- SAID, José L., "Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva en todos los casos de absolución o sobreseimiento", *Lexis-Nexis online*, N° 0003/014185.
- , "La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y el reglamento", en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009.
- SALOMONI, Jorge Luis, *El contencioso administrativo en la República Argentina. Sus principales características en las etapas de conformación nacional y de internacionalización del ordenamiento jurídico*, conferencia dictada el día 8 de junio de 2005 en el marco de la "Diplomatura en control jurídico de la Administración Pública", Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba.
- SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA.VV. *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2008.
- , *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, 1ª ed., Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios del derecho administrativo sancionador*, Centro de Estudio Ramón Areces, Colección Ceura, Madrid, 2000.
- SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique, *Construcción doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "El Fundamento y los orígenes de la jurisdicción, la competencia y otras cuestiones sobre el proceso administrativo", en *Derecho Administrativo*, Año 21, Buenos Aires, 2009.

- SARRIA, Félix, *Derecho administrativo*, edición revisada y aumentada, Assandri, Buenos Aires, 1961.
- SAYAGÜES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, N° 559, Montevideo, 1959.
- SCHMIDT - ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- SESEN, Domingo J., "Derecho administrativo en reflexión", *RAP*, Buenos Aires, 2011.
- , "El acto administrativo en la legislación y la jurisprudencia de Córdoba: nulidades y vicios", en A.A.V.V., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002.
- , *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- , *Derecho administrativo en reflexión*, RAP, Buenos Aires, 2001.
- , *El derecho administrativo en reflexión*, Ediciones Rap S.A. Buenos Aires, 2011.
- , *Responsabilidad del Estado por omisión*, XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-AADA, RAP, Buenos Aires, 2009.
- , "El juez solo controla. No sustituye ni administra. Confines del Derecho y la Política", *LL*, 2003-E.
- , *Administración pública. Actividad reglada discrecional y técnica*, Depalma, Buenos Aires, 2004;
- , *El derecho administrativo en reflexión*, Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2005.
- , "Servicio público, policía y fomento en diversos ordenamientos y en Córdoba", en AA.VV., *Servicio Público Policía y Fomento*, RAP, Buenos Aires, 2003.
- SHEKENDMIAN, Lucas, *El régimen de fideicomiso en Argentina*, inédito, 2014.
- SOLER, Sebastián, *Tratado de derecho penal*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945.
- SOUVIRON MORENILLA, José María, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.
- SPOTA (h), Alberto Antonio, "La vigencia en el ordenamiento jurídico interno de los tratados sobre derechos humanos a posteriori de la reforma constitucional de 1994", en BIDART CAMPOS, Germán - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coordinadores), *A una década de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- STEWART, Richard B., "La justicia administrativa en Estados Unidos" en AA.VV. BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, 1ª ed., Tomás Rubio Garrido, trad., Civitas, Madrid, 1993.
- STIGLITZ, Gabriel A., "A veinte años de la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor", *LL*, 16 de abril de 2013.
- STIGLITZ, Rubén S., "Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, diario del 15/10/2014.
- SUAREZ, Gladys, "Dictámenes notificados", en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2009.
- SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, cit. en GARCIA PULLES, Fernando, "Derecho administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público", *JA*, 2003-IV.
- TABANO, María Josefina, "El riesgo" en *Revista en Derecho de Daños*, 2006-3, Creación de Riesgo - I, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- TAWIL, Guido S., "A propósito del proyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas", *RAP*, n° 252, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999.
- , "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado", *LL*, 1991-D.
- TORRES BUTELER, Eduardo, "Algunos efectos del Coronavirus en la Obra Pública Nacional y de la Provincia de Córdoba", en AA.VV., *Derecho y Emergencia Sanitaria*, 1ª ed., Advocatus, Córdoba, 2020.
- TRAVIESO, Juan A., "Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas", en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado sobre responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- , "Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas" en *Revista en Derecho de Daños*, 2006-3, Creación de Riesgo - I, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- , "Omisión que viola el deber legal de obrar impuesto formalmente", *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- USLENGHI, Alejandro, *Audiencias Públicas*; HUICI, Héctor, *El documento de consulta como una forma especial de la audiencia pública*; FONROUGE, Máximo, "Las audiencias públicas", en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- VALIENTE NOAILLES, Luis M. (h), "Derecho real en servidumbre administrativa de electroducto", *LL*, 1979-B.
- VALLEFIN, Carlos A., *Protección cautelar frente al Estado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002.
- VANOSI, Jorge R. "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", *ED*, 149.
- VERBIC, FRANCISCO - SALGADO, José María "Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia", *LL*, del 25/08/16.
- VICCHI, Adolfo A., "Servidumbre de acueducto para uso de aguas públicas", *JA*, 1946-II-75; "Martijena de Zubiano, Nora E. c/ Dirección de Energía de la Provincia de Buenos Aires", S.C. Buenos Aires, julio 4-1989, *ED*, 136.
- VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, "La ley de abastecimiento y su aplicación descentralizada", Rubinzal-Culzoni online, disponible desde www.rubinzalonline.com.ar
- VILLADA, José Luis, *Derecho penal*, Virtudes, Salta, 2006.
- VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho administrativo*, t. I. Dykinson, Madrid, 1977.
- VILLARRUEL, María Susana, "Una aproximación a la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo", *ED*, 115.

- VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- WUNDER HACHEM, Daniel, *Principio constitucional 'da supremacia do interesse público'*, Forum, Belo Horizonte, 2011.
- YLARRI, Juan Santiago, "Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus", *IJ CMXV272*.
- ZAFFARONI, Raúl E., *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1977.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. 4, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- , *Responsabilidad por riesgo*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- ZILLI DE MIRANDA, Marta, "Policía de emergencia", en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, RAP, Buenos Aires, 2003.
- ZILLI DE MIRANDA, Martha, "El control interno de la Administración pública en el ámbito nacional: la Sindicatura General de la Nación", en AA.VV. *Control de la Administración pública, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, 2ª ed., RAP, Buenos Aires, 2009.

ÍNDICE

Dedicatoria	7
Palabras previas a la tercera edición	9
Reflexiones con motivo de la segunda edición	11
Palabras previas a la primera edición	13

CAPÍTULO I LAS FUNCIONES DEL ESTADO

I. La división de poderes	15
1. Introducción	15
2. Criterios	16
II. La función administrativa	17
1. Aspectos generales	17
2. ¿Función administrativa fuera de la organización administrativa?	20
III. Función jurisdiccional de la administración	20
IV. Actividad reglada y discrecional	22
1. Delimitación	22
2. Control judicial	24
3. Jurisprudencia de la Corte Suprema	25
4. Mecanismos de control judicial	26
a) Control de la discrecionalidad por los elementos reglados del acto administrativo	27
b) Control de la discrecionalidad técnica	28
c) Control de razonabilidad	30
d) Control por los conceptos jurídicos indeterminados	33
e) Control por los hechos determinantes	35

CAPÍTULO II EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. Concepto de Derecho Administrativo	37
II. Caracteres	40
III. Las relaciones entre el Derecho Administrativo y las demás ciencias jurídicas	41
IV. El derecho administrativo y el Código Civil y Comercial	45
V. El Derecho Administrativo hoy	46
VI. Fuentes del Derecho Administrativo	48
1. La incorporación del Derecho Internacional como fuente del derecho argentino	48
2. El carácter vinculante de la doctrina de la CIDH. Su alcance	59
3. El "control de convencionalidad"	64
4. Las fuentes del Derecho Administrativo en particular	67

CAPÍTULO III LA POTESTAD REGLAMENTARIA

I. Introducción	71
II. La potestad reglamentaria	71
III. Clases de reglamentos	72
IV. Reglamentos autónomos	73
1. La participación ciudadana en la elaboración de reglamentos	74
2. Mecanismos de impugnación. Plazos.	75
a) Directa: Reclamo administrativo impropio	76
(i) Excepciones a la necesidad de interponer RAI	77
b) Indirecta: Recurso administrativo	78
c) Excepcional: Acción de amparo	78
3. Efectos de la derogación y de la anulación judicial del reglamento	79
a) En sede administrativa	79
b) En sede jurisdiccional	80
V. Decretos delegados	81
1. Noción	81
2. Evolución jurisprudencial	81
3. La Reforma Constitucional de 1994	82

4. La Ley 26.122	86
5. Impugnación	87
6. Caducidad de la delegación	87
VI. Decretos de necesidad y urgencia (DNU)	88
1. Noción	88
2. Evolución	88
3. Reconocimiento constitucional	89
4. Impugnación	89
VII. Reglamentos de ejecución	90
VIII. La potestad reglamentaria en la Provincia de Córdoba	91
IX. La potestad reglamentaria y la pandemia del COVID-19	92

CAPÍTULO IV LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. La Organización Administrativa en general	95
1. Los elementos de la organización administrativa	96
a) Competencia	96
a) 1. Clases de Competencia	97
b) Jerarquía	99
2. Centralización y descentralización	100
3. Concentración y desconcentración	101
II. Personas públicas estatales y no estatales	102
III. El Estado empresario	103
IV. Las entidades autárquicas	107
V. Conflictos de naturaleza pecuniaria entre organismos del Estado	109
VI. Las agencias y demás entes descentralizados en la Provincia de Córdoba	111
VII. Los entes reguladores (remisión al capítulo X)	113
VIII. La Reforma del Estado en la década del '90. Privatizaciones. Desregulación económica. La crisis del 2001 y el retorno del péndulo	113

CAPÍTULO V LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. La relación jurídico-administrativa	119
--	-----

II. Las situaciones jurídico subjetivas en el Derecho Administrativo	120
III. El interés individual y el colectivo	126
IV. Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte. Su evolución	128
V. El caso "Halabi"	137
VI. La jurisprudencia posterior a Halabi	141
VII. El registro público de acciones colectivas	149
VIII. El reglamento de actuación en procesos colectivos (acordada 12/16 CSJN)	151
IX. Los fallos de la CSJN recaídos con motivo de tarifas de servicios públicos	153
X. Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial	159
XI. Situaciones jurídicas subjetivas de carácter pasivo	167

CAPÍTULO VI LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

I. Administración activa	169
II. Actividad interna de la administración	171
1. Dictamen	171
2. Informes. Estudios. Proyectos	172
III. Actividad de control	173
1. Control financiero en el sistema federal	173
a) Control interno	173
b) Control externo	175
2. Control financiero en el sistema provincial	177
a) Control interno	177
b) Control externo	178
3. El control de la ética pública y de la corrupción	179
a) Aspectos generales	179
b) Organismos anticorrupción	187
b) 1. Pautas de los instrumentos internacionales anticorrupción	187
b) 2. La Oficina Anticorrupción (OA)	188
b) 3. La Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA)	190
IV. Otros organismos de control	194
1. Defensor del Pueblo de la Nación	194

V. Administración jurisdiccional	196
--	-----

CAPÍTULO VII ACTO ADMINISTRATIVO

I. Definición	197
II. Caracteres	198
1. Presunción de legitimidad	198
2. Ejecutoriedad	199
3. Estabilidad	200
4. Obligatoriedad	200
5. Irretroactividad	200
6. Recurribilidad	200
III. La suspensión de los efectos del acto administrativo	201
IV. Elementos esenciales y vicios	202
1. La competencia	202
2. La causa	205
3. El objeto	206
4. La razonabilidad	207
5. Finalidad	209
6. La forma	210
a) Procedimiento	210
b) La motivación	212
V. Elementos accidentales o accesorios del acto	214
VI. Nulidad	215
1. Actos nulos y anulables	215
2. Las nulidades en el Código Civil y Comercial	215
3. Nulidad manifiesta	216
VII. Eficacia	218
VIII. Extinción	218
1. Por cumplimiento del objeto	218
2. Expiración del plazo	219
3. Renuncia	219
4. Caducidad	219
5. Retiro	219
6. Revocación por ilegitimidad	219
7. Revocación por razones de mérito oportunidad y conveniencia	225
8. Anulación judicial	225
IX. Subsanción	225

X. El acto administrativo en Córdoba	225
--	-----

CAPÍTULO VIII CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. La actividad contractual de la administración. Distinciones	227
II. Contrato administrativo. Concepto. Teorías positivas y negativas	228
III. El concepto de contrato administrativo en la doctrina	230
IV. La figura del contrato en el Código Civil y Comercial	231
1. Consideraciones generales	231
2. La autonomía de la voluntad	232
3. La fuerza obligatoria del contrato	233
V. El concepto de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema	233
VI. Los elementos del contrato administrativo	234
1. Sujeto	235
2. Objeto	235
3. Causa	236
4. Forma	236
5. Finalidad	237
VII. El régimen legal de los contratos administrativos en el ámbito nacional	238
VIII. El régimen de compras y contratación en la Provincia de Córdoba	238
IX. Las principales etapas del procedimiento de selección del contratista	241
X. La selección del cocontratante particular: procedimientos	244
XI. La licitación pública: análisis particular de este método de selección	247
1. Contextualización de la licitación pública: ¿excepción o regla general?	249
2. Principios jurídicos	250
3. Los pliegos de licitación naturaleza y efectos	250
XII. El régimen de ejecución de los contratos administrativos	252
1. Las prerrogativas, derechos y obligaciones de la Administración	252
a) Continuidad	253
a) 1. Caso fortuito o fuerza mayor	254
a) 2. Hecho de príncipe o del soberano (riesgo o álea administrativo)	255

a) 3. Teoría de la imprevisión (riesgo o álea económico)	256
b) Mutabilidad. <i>Ius variandi</i>	258
c) La potestad de dirección y control	259
d) La potestad sancionatoria. Entes de Control	260
e) Interpretación unilateral del contrato	262
XIII. La excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos	262
XIV. Derechos y obligaciones del cocontratante particular	264
XV. Extinción de los contratos administrativos	266
1. Modos normales	267
2. Modos anormales	267
XVI. La contratación pública y el compliance	270
XVII. Los contratos públicos y la emergencia sanitaria. Remisión	271

CAPÍTULO IX OBRA PÚBLICA Y OTROS CONTRATOS

I. Obra Pública	273
1. Concepto	273
2. Los sistemas de contratación y ejecución de las obras públicas. Remisión	274
a) Contratación por ajuste alzado	274
b) Contratación por precios unitarios	275
c) Contratación por coste y costas	275
II. El contrato de obra pública	276
1. Los elementos del contrato de obra pública	276
a) Sujetos	276
b) Objeto	277
c) Causa	277
d) Finalidad	277
e) Forma	277
2. Ejecución del contrato	277
a) Continuidad en la ejecución	278
b) Dirección y control	278
c) Mutabilidad	278
d) Potestad rescisoria	280
e) Potestad sancionatoria	280
3. Derechos y obligaciones de la Administración Pública	280

a) El derecho a exigir la debida ejecución de la obra	280
b) El derecho a exigir la ejecución de la obra en término	281
c) Causas eximentes de la responsabilidad por la inejecución en término	281
4. Derechos y obligaciones del cocontratante particular	281
a) A que la Administración Pública cumpla con sus obligaciones	282
b) A percibir el precio	282
c) Los certificados de obra. Concepto. Clases. Efectos	283
d) A suspender la ejecución del contrato	286
e) A requerir la rescisión del contrato	286
f) Al mantenimiento de la ecuación económico financiera	286
5. Conclusión del contrato	287
6. La resolución de conflictos	289
III. El contrato de concesión de obra pública	290
1. Concepto	290
2. Las potestades del concesionario respecto de los usuarios	291
3. El régimen normativo aplicable	292
4. Los aspectos económico-financieros del contrato de concesión de obra pública	293
a) La estructura económico financiera del contrato	293
b) La posibilidad de cambio de la modalidad de la concesión	294
c) El sistema del peaje	295
d) El sistema de la contribución de mejoras	296
5. Los procedimientos de contratación	297
6. Modalidades y plazo de concesión	297
IV. Los contratos de obra pública, otros contratos públicos y la emergencia sanitaria	298
V. La construcción de Hospitales Modulares en el marco de la emergencia sanitaria	300
VI. Las distintas modalidades contractuales con financiación privada de proyectos públicos	301
1. Las distintas técnicas de financiación privada	302
2. La financiación de proyectos	302
3. El leasing público	303
4. El contrato de participación público privada	304

5. El factor distintivo de la financiación privada de proyectos públicos	305
6. La estructura contractual en la financiación privada de proyectos públicos	305
VII. El contrato de fideicomiso	306
1. El fideicomiso en el derecho público	306
2. Aspectos generales del fideicomiso en el Código Civil y Comercial	307
3. El fideicomiso en el ámbito del derecho público	308
4. El régimen legal del fideicomiso público	309
VIII. Contrato de Suministro	310
1. Concepto	310
2. Régimen legal	311
3. Caracteres del contrato	312
4. Aspectos generales del contrato de suministro	312
IX. Contrato de Empréstito Público	313
1. Noción	313
2. Naturaleza Jurídica	314
3. Caracteres	315
4. Elementos del contrato	315
a) Sujetos	315
b) Objeto	315
c) Causa	316
d) Finalidad	316
e) Forma	316
5. Formación del contrato y selección del cocontratante particular	316
6. Ejecución del contrato	317
7. Derechos y obligaciones de la Administración Pública	317
8. Derechos y obligaciones del cocontratante particular	318
9. Extinción del contrato	318

CAPÍTULO X SERVICIO PÚBLICO

I. Concepto	319
II. La noción en el derecho comparado: servicio público, utilities y actividades de interés general	320
III. Los denominados servicios esenciales en el contexto de pandemia. Las TICS como servicio público	322

IV. Las distintas modalidades de prestación de los servicios públicos en Argentina. Etapas	324	3. Elementos del contrato de concesión de servicios públicos	356
1. Primera etapa. La prestación privada de los servicios públicos	325	a) Sujetos	356
2. Segunda etapa. La nacionalización de los servicios públicos	325	b) Competencia	357
3. Tercera etapa. La privatización de los servicios públicos	326	c) Objeto	357
4. Cuarta Etapa. Los servicios públicos en la emergencia ..	327	d) Forma	358
5. Quinta etapa Los servicios públicos en el marco de la Pandemia	328	4. Ejecución del contrato	358
V. Caracteres del servicio público	329	a) Continuidad en la ejecución	359
VI. Clasificación de los servicios públicos	331	b) Dirección y control	360
VII. Los principales aspectos de estudio en los servicios públicos	331	c) Mutabilidad	361
1. El título habilitante	332	d) Las potestades sancionatoria y extintoria	362
2. El régimen de bienes	333	5. Los derechos y obligaciones de las partes	363
3. Los sistemas tarifarios	333	a) Derechos y obligaciones de la Administración Pública	363
4. Los Entes Reguladores. Descripción. Naturaleza y Régimen Jurídico	334	a) 1. El derecho del concedente a exigir la ejecución del contrato	363
VIII. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los Entes Reguladores	336	a) 2. El derecho a realizar todos los controles y ejercer las potestades propias del concedente	364
IX. Participación de usuarios, consumidores y provincias en los entes reguladores	342	b) Los derechos y obligaciones del concesionario	364
X. Las audiencias públicas	343	b) 1. El derecho a que sean cumplidas todas las prestaciones previstas en el contrato de concesión	364
1. Concepto	343	b) 2. El derecho a percibir el precio	364
2. Etapas. Trámite	344	b) 3. El derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera	367
3. Principios generales	345	6. Conclusión del contrato de concesión de servicios públicos	367
4. ¿Acto discrecional o reglado?	346	7. La naturaleza jurídica de la relación entre el concesionario y el usuario	369
XI. Los servicios públicos en la Provincia de Córdoba. El ERSeP	346	a) Tesis de la naturaleza privada y contractual	370
XII. El trámite de las controversias	349	b) Tesis de la naturaleza pública	370
1. Reclamos ante el prestador	350	c) Tesis mixta	371
2. Reclamos ante el ERSeP	350	d) Tesis de Marienhoff	372
3. La participación ciudadana en el ámbito del ERSeP	351	e) Las tendencias actuales. Remisión	372
XIII. El Contrato de Concesión de Servicios Públicos	354	8. La relación entre el concesionario de obra o servicio público y el usuario: ¿relación estatutaria o relación de consumo?	373
1. Concepto	354	a) El análisis en el plano axiológico o conceptual	373
2. Caracteres del contrato de concesión de servicios públicos	355	a) 1. Tesis afirmativa	374
		a) 2. Tesis intermedia	374

a) 3. Tesis negativa	375
b) La cuestión en el plano normativo	376
9. ¿Qué elementos en definitiva, conforman, una relación de consumo?	382

CAPÍTULO XI LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

I. La relación de empleo público. Derechos, deberes y prohibiciones	385
II. La estabilidad del empleado público. El enfoque de la CSJN ..	387
III. Los despidos discriminatorios	391
IV. Las reducciones salariales	392
V. La libertad sindical	393
VI. La responsabilidad administrativa disciplinaria de los agentes públicos	400
VII. El Procedimiento administrativo disciplinario	403
VIII. Los principios del procedimiento administrativo disciplinario	404
IX. El sumario administrativo	410
X. Las sanciones disciplinarias	414
XI. La conclusión de la relación de empleo público	416
XII. La ética pública	418
XIII. El empleo público y los servicios de consultoría	420
XIV. El empleo público en tiempos de pandemia (COVID-19)	420
1. Introducción	420
2. Las medidas dispuestas	421
3. Implicancias concretas de la pandemia en relación al empleo público	424
4. El teletrabajo	424
5. El Derecho a la Desconexión	425
6. COVID-19 como Enfermedad del Trabajo	426
7. Alguna jurisprudencia relacionada al Covid-19 y el empleo público	427
8. Conclusiones	431

CAPÍTULO XII DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO

I. Concepto y distinción. Su regulación en el Código Civil y Comercial	433
--	-----

II. Elementos del dominio público	435
III. Usos del dominio público	439
IV. Afectación y desafectación de los bienes del dominio público	440

CAPÍTULO XIII LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA PROPIEDAD

I. Introducción	441
II. Las limitaciones al dominio por razones de interés público	442
1. Generalidades	442
2. Concepto	443
3. Fundamento. Clases	445
4. La metodología del nuevo código en materia de limitaciones al dominio por razones de interés público ...	445
5. Caracteres	448
6. Los límites de las restricciones administrativas	449
7. Competencia	449
III. Las servidumbres en el nuevo Código Civil y Comercial	450
1. La ubicación de las servidumbres en el nuevo código	450
2. Las normas generales de los derechos reales aplicables a las servidumbres	450
3. Definición, objeto y contenido	451
4. Clasificación	452
5. Adquisición	453
6. Forma. Registro	454
7. Legitimación	455
8. Las servidumbres forzosas	455
9. Extinción	456
IV. Las servidumbres administrativas	456
V. Las servidumbres "administrativas" y "civiles". Distintas posturas	457
1. La servidumbre como un derecho real administrativo (posición de la doctrina clásica)	457
2. La servidumbre como una limitación al derecho de dominio	458
VI. Servidumbres administrativas. Recapitulación	460
1. Concepto. Elementos	462
2. Caracteres	464
3. Competencias. Constitución y extinción	465

4. Algunos ejemplos	466
VII. A modo de conclusión	467
VIII. Ocupación temporánea	469
1. Concepto	469
2. Caracteres	469
3. Clases	470
IX. Expropiación	471
1. Concepto y fundamento	471
2. Los requisitos de la expropiación. La finalidad: utilidad pública	472
3. La relación expropiatoria. Elementos	473
a) Sujetos: expropiante y expropiado	473
b) Objeto expropiable	474
c) Indemnización	476
c) 1. Caracteres y naturaleza	476
4. Los efectos expansivos de la ley de expropiación	479
5. El trámite de expropiación	480
a) Clases de trámites de expropiación	480
a) 1. Abandono	481
a) 2. Expropiación diferida	481
6. Expropiación irregular	482
7. Retrocesión	483
X. Requisición	485
1. Concepto	485
2. Clases y distinciones	485
3. Régimen legal	486

CAPÍTULO XIV

PODER DE POLICÍA, EMERGENCIA Y FOMENTO

I. Poder de policía	487
1. Definición	487
2. Crítica	488
3. Fundamento constitucional	488
4. Límites a su ejercicio	489
5. Clases	490
6. La competencia para el ejercicio	492
7. Delegación de poder de policía	492
II. Sanciones administrativas	492
1. Introducción	492

2. Origen y evolución	493
3. ¿Función jurisdiccional o administrativa?	495
4. Diferencias y similitudes entre contravenciones y delitos	496
5. Garantías y principios	498
6. Clases de sanciones	502
7. El procedimiento sancionador ante los tribunales administrativos	502
III. La emergencia	504
1. Introducción	504
2. Jurisprudencia	505
3. Análisis constitucional de la declaración de la emergencia sanitaria	508
IV. Fomento	509
1. Noción	509
2. Base constitucional	510
3. Medios	510
4. Naturaleza de la relación jurídica	511

CAPÍTULO XV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. Introducción	513
II. La responsabilidad del Estado ¿derecho público o privado?	513
1. Origen y posterior desarrollo	513
2. El Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial	515
3. El Código Civil y Comercial	516
4. Ley de Responsabilidad Estatal	516
5. La responsabilidad del Estado corresponde al derecho común	517
6. La distinción entre derecho público y privado desde la perspectiva de los derechos fundamentales	518
7. La aplicación del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado	518
III. Régimen constitucional	519
1. Introducción	519
2. Principios	520
a) Principio de reserva	520
b) Principio <i>alterum non laedere</i>	521
c) La reparación integral	522

IV. La cuestión en el plano supranacional	524
1. Los Tratados de Derechos Humanos	524
2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	524
a) Caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá"	524
b) Caso "Furlan y familiares vs. Argentina"	525
3. Régimen indemnizatorio de la CIDH por violación a los derechos humanos	525
a) Marco normativo	525
b) Principio de reparación integral	526
c) Elementos de la reparación	527
d) La cuantificación del daño	527
e) Clases de daño	528
f) Medidas de reparación	528
V. Las características de la responsabilidad del Estado	529
1. Origen y posterior evolución	529
2. La Ley de Responsabilidad Estatal	530
VI. Responsabilidad estatal por actividad lícita	531
1. Origen y posterior evolución jurisprudencial	531
2. La extensión de la reparación	532
3. La Ley de Responsabilidad Estatal	534
a) Aspectos generales	534
b) Requisitos de procedencia	534
c) La extensión de la reparación	535
VII. Responsabilidad del Estado por la actividad administrativa	535
1. Introducción	535
2. La falta de servicio	536
3. Riesgo	538
4. El vicio de la cosa	539
a) Diferencias entre el vicio y el riesgo de la cosa	540
b) Su aplicación a los supuestos de responsabilidad estatal	542
c) La falta de servicio y el vicio de la cosa	544
VIII. Responsabilidad estatal por actividad legislativa	544
1. Introducción	544
2. Daños provocados por una reforma constitucional que luego es declarada inconstitucional	544
3. Daños derivados del dictado de una ley declarada inconstitucional o de un reglamento inválido	545

4. Perjuicios provocados por el cambio en el derecho objetivo	545
5. La Responsabilidad del Estado por actividad legislativa lícita	546
IX. Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional	547
1. Introducción	547
2. Recaudos de procedencia	547
a) La necesidad de la existencia de un comportamiento ilegítimo o irregular	548
b) Que el acto que se considera violatorio de los derechos individuales no constituya cosa juzgada por el consentimiento de la víctima sino que se hayan articulados las defensas procesales necesarias para impedirlo	548
3. Daños derivados de la prisión preventiva	549
4. La prolongación de la prisión preventiva	551
5. Diferencias entre la falta de servicio y el error judicial	552
6. Daños derivados de internaciones psiquiátricas	553
7. La responsabilidad del Estado derivada del despacho de medidas cautelares	553
X. Responsabilidad del Estado por omisión	553
1. Introducción	553
2. Recaudos de procedencia	554
3. Jurisprudencia	556
XI. Responsabilidad del Estado y pandemia	557
XII. Responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos	558
1. Introducción	558
2. La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil	558
3. La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial	558
4. La Ley federal de Responsabilidad Estatal	559
a) Aspectos generales	559
b) Recaudos de procedencia	559
c) Aspectos procesales	560
XIII. Responsabilidad del Estado y del funcionario en el derecho local	560
1. Chubut	560
2. Mendoza	563

3. Santa Cruz	566
4. Entre Ríos	567
5. Río Negro	568

ANEXO

Capítulo I	
Jurisprudencia	571
Capítulo II	
Jurisprudencia	572
Capítulo III	
Legislación	573
Jurisprudencia	573
Capítulo IV	
Legislación Nacional	573
Provincia de Córdoba	573
Jurisprudencia	574
Capítulo V	
Legislación Nacional	574
Provincia de Córdoba	574
Jurisprudencia	574
Capítulo VI	
Legislación Nacional	576
Legislación Provincial	576
Jurisprudencia	576
Capítulo VII	
Legislación Nacional	576
Legislación Provincial	577
Jurisprudencia	577
Capítulo VIII	
Normativa Nacional	577
Normativa de la Provincia de Córdoba	578
Jurisprudencia	578

Capítulo IX	
Legislación	579
Normativa de la Provincia de Córdoba	580
Jurisprudencia	580
Capítulo X	
Normativa Nacional	581
Normativa de la Provincia de Córdoba	581
Jurisprudencia	582
Concesión de servicios públicos	582
Normativa Nacional	582
Jurisprudencia	582
Jurisprudencia de la Provincia de Córdoba	582
Capítulo XI	
Legislación	583
Jurisprudencia sugerida	583
Capítulo XII	
Legislación	585
Jurisprudencia	585
Capítulo XIII	
Legislación Nacional	585
Legislación Provincia de Córdoba	585
Jurisprudencia	585
Capítulo XIV	
Jurisprudencia	586
Capítulo XV	
Jurisprudencia	586
Bibliografía General	589